6. Am meisten zeigt sich der Einfluß der wissenschaftlichen Bearbeitnng der Lehre von der **Lex commissoria** nach dem römischen Rechte im preußischen Landrecht [49]) Nro. 14. Es enthält nämlich dieß:

a) Ein allgemeines Verbot der **Lex commissoria**.

b) Die Gültigkeitserklärung der unbedingten **in solutum datio** des Pfandes nach dem Verfalltage, also keine bedingte frühere wenn auch nach der Verpfändung verabredete.

c) Ein besonderes Verbot der **Lex commissoria** zu Gunsten des zahlenden Bürgen.

V.

Zur Lehre von den sogenannten Transmissionsfällen.

Zweiter Beitrag. *)

Von der **transmissio Theodosiana**.

Von

v. Vangerow.

Durch die **lex Julia et Papia Poppaea** war bekanntlich der Grundsatz eingeführt worden, daß das durch letzten Willen Jemanden Hinterlassene stets kaduk werden sollte, wenn der Honorirte vor Eröffnung des Testaments wegfalle,

Ulp. frag. XVII. 1. „**Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceci-**

---

49) Das Frankfurter Recht (Nro. 17.) ist das Gemeine.

*) Der erste Beitrag: „Von der **transmissio Justinianea**" findet sich in diesem Arch. Bd. XXIV. Nro. 5. S. 158—195.

derit ab eo, verbi gratia . . . si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit, vel pereger factus sit,
ein Grundsatz, der von selbst zu der weiteren Folgerung führen mußte, daß seit jenem Gesetze weder Erbschaften noch Vermächtnisse vor Eröffnung des Testamentes erworben werden konnten [1]), während dies vor jener Zeit sogleich nach dem Tode des Erblassers möglich war. Da nun die regelmäßige Folge der Kaduzität die war, daß die kaduke Portion dem Aerarium, oder später dem Fiskus zufiel, so mußten daraus

---

1) Für Vermächtnisse vergl. Ulp. XXIV. 31, l. un. §. 1. 5. C. de caduc. toll. (6, 51). Für Erbschaften — wobei übrigens jener Grundsatz nur dann galt, wenn der Erbe ex parte, nicht auch, wenn er ex asse eingesetzt war — s. l. 1. §. ult. de jur. et facti ignor. (22, 6), l. 3. §. 4, l. 42 de hered. instit. (28, 5), l 21, 31, 104 de condit. et demonstr. (35, 1), l. 3 C. de jure delib. (6, 30), l. un. §. 5 C. de caduc. toll. — Heineccius ad leg. Jul. et Pap. Popp. p. 366 bildet hieraus ein eigenes Kapitel der lex Julia et Papia (cap. 45 oder cap. 1 der lex caducaria); Hereditatem, si plures sint coheredes extranei, tabulis testamenti apertis demum adire liceto, neque ante dies legatorum pure vel in diem relictorum cedito". Vergl. auch van Hall legis Juliae et Papiae reliquiae, fragm. 91 (in den Tex fontes tres jur. civ. Rom antiqui. Amsteld. 1840 p. 38) Meiner Ueberzeugung nach enthielt das Gesetz selbst keine derartige ausdrückliche Bestimmung, sondern es war jener Satz sicher nur eine Folgerung aus der anderen, oben im Text angegebenen Verfügung, daß die Portion des vor der Testamentseröffnung Wegfallenden stets kaduk werden solle. Sehr richtig hat daher auch Jac. Gothofredus nur eben diese letzte Verfügung für die lex Julia et Papia vindizirt (als Cap. 30) und auf jene Folgerung daraus nur in den Noten aufmerksam gemacht. In Betreff des dies legati cedens ist auch die Heineccische Annahme um so willkürlicher, da Justinian in l. un. §. 1. C. de caduc. toll. ausdrücklich jene Bestimmung auf „Senatus consulta, quae circa legem Papiam facta sunt" zurückführt. — Die eigenthümliche Meinung von A. Faber, error. Prag-

vielfache Härten entstehen, und für einen Fall, in welchem die Unbilligkeit jenes Papischen Rechtes besonders scharf hervortrat, sollte durch die Einführung der sogenannten Theodosischen Transmission Abhülfe gewährt werden. Theodos verordnete nämlich in der l. un. C. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt (6, 52), daß, wenn Jemand einen Deszendenten zum Erben eingesetzt hatte, und dieser vor Eröffnung des Testaments gestorben sey, derselbe seinen Erbtheil auf seinen Deszendenten transmittiren solle:

> Theodos. et Valentinian. „Per hanc jubemus sanctionem, in posterum filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint, in liberos suos, cujuscunque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas, si tamen hereditatem non recusant, nulla hujusmodi praescriptione obstante, sibi [2]) tanquam debitam

---

mat. dec. 34 err. 9, daß für eingesetzte Deszendenten und Aszendenten bis zum dritten Grade, jene Papische Beschränkung in Betreff des Erbschaftsantrittes nicht gegolten habe, und diese auch ante apertas tabulas hätten antreten können, weil ja ihnen die lex Julia et Papia das jus antiquum reservirt habe, beruht auf einem offenbaren Mißverständniß dieses jus antiquum, und bedarf keiner besonderen Widerlegung. Gerade die Einführung der transmissio Theodosiana beweist auch genug die Unhaltbarkeit dieser Meinung.

2) Sehr häufig wird hier ein eam eingeschoben und dann auch wohl so gelesen: „nulla hujusmodi praescriptione sibi obstante, eam tanquam debitam vindicare“. Die von uns aufgenommene Lesart möchte wohl die meisten äußeren Gründe für sich haben, vergl. die Noten bei Seb. Spangenb. ad h. l. und bei Krieg. Herm. ad h. l.

vindicare; quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet; siquidem perindignum est, fortuitas ob causas vel casus humanos nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Habeant vero solatium tristitiae suae, quibus est merito consulendum". (Dat. 450)

und eine Hindeutung auf dieses Theodosische Recht kommt auch in l. un. §. 5. C de caduc. toll. (6, 51) vor:

„Hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super hujusmodi casibus introducta loquitur, iis nihilominus, quae super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris" [3].

Obwohl nun gerade diese Transmissionsart h. z. T. besonders oft besprochen ist [4], so ist dennoch Bedeutung und

---

3) Wenn Thibaut Versuche II. S. 193 flg. glaubt, daß auch in den Worten der Nov. 158: „Sed obtineto quidem lex nostra (l. 19 C. de jure delib.) in praesenti controversia et omnibus casibus in quaestionem deducto assimilibus; obtineto autem Theodosii sacratissimi principis lex, in quibus annum praeterire contigit, et deliberandi tempus elapsum est", eine quellenmäßige Hinweisung auf die transmissio Theodosiana enthalten sey, so habe ich schon an einem anderen Orte (vergl. diese Zeitſ. Bd. XXII. S. 188, Not. 48.) auf das Irrige dieser Ansicht aufmerksam gemacht. Die hier von Justinian erwähnte lex Theodosii ist nämlich nicht unsre l. un. de his, qui ante apert. tab. hered. transmittunt, sondern vielmehr die l. 18 C. de jure delib. über die einem infans deferirte Erbschaft.

4) Vergl. Niemeyer de transm. Theodos. Hal. 1819. Diehl,

Umfang derselben bestrittener, als je, und nicht Weniges ist gerade in unseren Tagen in's Schwanken gekommen, was früher als ausgemacht und zweifellos angenommen zu werden pflegte. In dem Folgenden sollen die hauptsächlichsten Streitpunkte näher erwogen werden, und zwar soll

I.

die wichtige Frage untersucht werden, ob unsere Transmission auch dann Platz greife, wenn der eingesetzte Deszendent noch bei Lebzeiten des Erblassers verstorben sey?

Früher wurde diese Frage allgemein verneint, während heut zu Tage, besonders nach dem Vorgange von Hugo, sehr häufig auch in diesem Falle die Transmission zugelassen wird [5]). Für diese neue Lehre führt man insbesondere Folgendes an. Das Gesetz selbst mache keinen Unterschied zwischen der Zeit vor und nach dem Tode des Erblassers, sondern sage allgemein: **ante apertas tabulas.** Mit diesem Resultate gramatischer Interpretation stimme auch ganz die **ratio legis** überein, denn wenn der eingesetzte Descendent bei Lebzeiten des Erblassers verstorben sey, so sey dessen Portion wenigstens in **causa caduci** gewesen, was materiell

---

de transm. Theodos. Heidelb. 1814, v. Löhr in dieser Zeitschrift II. S. 122 ff., Steppes die Transmission der Erbschaft nach röm. Rechte. S. 33. ff., v. Buchholtz, jur Abh. S. 71 flg, Löbenstern, in der Gießner Zeitschr. IX. S. 198 flg., Mayer, die Lehre von dem Erbrecht Bd. I. Berlin 1840. §. 114. S. 320 flg., Roßhirt, testam. Erbr. Bd. II. Heidelb. 1840. §. 159. S. 199. flg.

5) Hugo,7. heut. röm. Recht S. 163, II. Rechtsgesch. S. 994, v. Löhr nnd v. Buchholtz, citt., Marezoll, in der Gießner Zeitschr. II. S. 61, (Fuhr) in Schunk's Jahrb. der jurist. Literatur, Bd. XXII. S. 20 flg., Hunger Erbr. §. 136, Mejer in Schweppe's Handb. V. §. 877, v. Wening, Lehrbuch §. 547.

dem wirklichen caducum gleich gestanden habe [6]), und wenn also das Gesetz überhaupt bezweckt habe, für die entfernteren Deszendenten die Kaduzität unschädlich zu machen, so habe es sich gewiß auch auf jenen Fall bezogen. Endlich spreche auch für diese Ansicht sehr bestimmt die der transmissio Theodosiana überhaupt zu Grunde liegende Idee einer gesetzlichen Substitution, denn gleichwie der wirkliche Substitut an die Reihe komme, einerlei, ob der Institutus vor oder nach dem Erblasser verstorben sey, so müsse dies auch bei dem gesetzlich angenommenen Substituten der Fall seyn.

Ungeachtet dieser allerdings scheinbaren Gründe muß ich mich dennoch für die ältere Ansicht, also dafür erklären, daß die transmissio Theodosiana schlechthin nur unter der Voraussetzung möglich ist, wenn der eingesetzte Deszendent nach dem Testator verstirbt. Es möchte dabei hauptsächlich auf folgende Fälle ankommen.

I. Entscheidend für unsere Ansicht scheint mir die sowohl in der Rubrik als in dem Context der l un. cit. gewählte Ausdrucksweise, wornach diese Transmission als eine Befugniß des eingesetzten Deszendenten erscheint, so daß dieser die ihm hinterlassene Erbschaft seinen Kindern transmittire [7]). Diese Ausdrucksweise setzt doch wohl nothwendig voraus, daß in dem Augenblicke, wo der Deszendent stirbt, nicht nur eine hereditas schon vorhanden sey, sondern derselbe auch mit dieser hereditas schon in einem bestimmten Verhältnisse stehen müsse, weil er ohnedies die hereditas zu transmittiren unmöglich im Stande ist. Augenscheinlich fehlt es aber an diesen beiden nothwendigen Voraussetzungen, wenn der eingesetzte Deszendent noch bei Lebzeiten des Erblassers verstirbt, denn da bei Lebzeiten des Testators überhaupt von

---

6) L. un. §. 2. 4 C. de caduc. toll. (6, 51).

7) „De his, qui hereditatem transmittunt". „Jubemus filios. . . in liberos suos derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere".

keiner **hereditas** die Rede seyn kann [8]), so läßt sich natürlich auch keinerlei Verhältniß des präsumtiven Erben zur **hereditas** denken, und eine Befugniß desselben, Etwas auf seine Kinder zu übertragen, was nicht allein ihm völlig fremd, sondern sogar noch gar nicht existent ist, würde doch gewiß zu den größten Anomalieen gehören!

Freilich ließe sich hiergegen einwenden, daß durch diese Argumentation zu viel, und also eigentlich nichts bewiesen würde. Darnach nämlich würde zum Zwecke dieser **transmissio** nothwendig vorausgesetzt, daß der Deszendent nach geschehener Delation versterbe; diese sey aber zur Zeit des Theodosischen Gesetzes niemals vor Eröffnung des Testaments erfolgt, und so hätte also in Gemäßheit der obigen Argumentation die **transmissio Theodosiana** nur dann Platz greifen dürfen, wenn der eingesetzte Descendent **post apertas tabulas** verstorben sey. Fänden wir nun, daß nach den klaren Worten des Gesetzes die Transmission gerade umgekehrt dann eintrete, wenn der Eingesetzte **ante apertas tabulas** verstorben sey, also **ante delatam hereditatem** so zeige sich ja darin ganz entschieden die Unrichtigkeit der obigen Voraussetzungen.

Die ganze Kraft dieses Einwandes beruht augenscheinlich auf dem Satze, daß zur Zeit des Theodosischen Gesetzes die Delation der Erbschaft erst im Augenblicke der Testaments-Eröffnung erfolgt sey, und also bis zu diesem Momente der Eingesetzte in gar keinem Verhältnisse zur Erbschaft gestanden habe. — Ließe sich nun nachweisen, daß dieser Satz, der freilich ganz allgemein angenommen wird [9]), irrig, daß also auch

---

8) Vivi hereditas non datur, cf. l. 1. de hered. vend. (18, 4), l. 13 §. 1, l. 19, l. 25 §. 6, l. 27, l. 32 pr., l. 94 de acqu v. om. hered. (29, 2), l. 1 §. 21. de collat. (37, 6), l. 1. pro herede (41, 5).

9) Einzelne Namen hiefür anzuführen, ist bei der Allgemeinheit dieser Ansicht überflüssig. Zweifelnd drückt sich Puchta Lehrb. S.

zur Zeit jenes Gesetzes die Erbschaft im Augenblicke des Todes des Erblassers deferirt worden sey, so wäre damit von selbst jene Einwendung vollständig entkräftet, und unsere obige Argumentation müßte als bündig und völlig beweisend angesehen werden. Diese Nachweisung soll in dem Folgenden versucht werden.

Die herrschende Lehre schreibt jenen Satz der **lex Julia et Papia Popaea** zu, und nimmt an, daß derselbe erst von Justinian in **l. un. §. 1, 5 C. de caduc. toll.** wieder abgeschafft worden sey. Zwar sey nirgends ausdrücklich gesagt, daß nach jenem Gesetze die Delation der Erbschaft erst im Augenblicke der Testaments-Eröffnung erfolgt sey, aber es sey vielfach in den Quellen bemerkt, daß darnach die Antretung der Erbschaft nicht **ante apertas tabulas** habe geschehen können (s. oben Note 1.). Nehme man nun dazu den Ausspruch des **Terentius Clemens libr. V. ad leg. Jul. et Pap.**:

> „**Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi**" [10]),

so ergebe sich von selbst das Resultat, daß nach jenem Gesetze auch die Delation der Erbschaft nicht vor jenem Zeitpunkte habe erfolgen können; und namentlich müsse der Umstand, daß jener Ausspruch aus einem Kommentar zur **lex Julia et Papia** entlehnt sey, die Ansicht unterstützen, daß der Jurist gerade mit Hinblick auf dieses Gesetz den Gedanken habe andeuten wollen, daß, weil durch dasselbe die Möglichkeit der Erbschaftsantretung hinausgerückt sey, auch die Delation der Erbschaft als hinausgerückt angenommen werden müsse. Für

---

556 aus; nachdem er nämlich vorher gesagt hat, daß nach dem früheren Rechte das testamentarische Erbrecht nicht vor der Eröffnung des Testaments habe erworben werden können, fährt er so fort: „Selbst, wenn man jenen Satz des älteren Rechts so ausdrückt, die testamentarische Erbfolge sey erst mit der Eröffnung des Testaments deferirt worden, so darf dieses doch" u. s. w. Geradezu verwirft diese herrschende Lehre Löbenstern a. a. O.

10) L. 151 de V. S.

diese Ansicht spreche denn auch noch außerdem, daß nach ausdrücklichen Zeugnissen durch die **lex Julia et Papia** der **dies legati cedens** bis zum Augenblicke der Testaments-Eröffnung hinausgerückt worden sey [11], und es doch bekannt genug sey, daß die Fragen: **quando hereditas delata est?** und: **quando dies legati cedit?** regelmäßig ganz gleich beantwortet werden müßten. — Diese Gründe erscheinen aber bei genauerer Erwägung nicht als stichhaltig. Daß nämlich:

1) die Beschreibung der **hereditas delata**, wie sie Terentius Clemens in der **l. 151 de V. S.** giebt, nicht buchstäblich verstanden werden darf, kann nicht wohl bezweifelt werden, indem es offensichtlich sehr viele Fälle giebt, in welchen die Erbschaft unzweifelhaft deferirt ist, und dennoch ein faktisches oder rechtliches Hinderniß der alsbaldigen Erwerbung derselben im Wege steht. Man denke nur z. B. an die Fälle, wenn einem **infans**, einem Wahnsinnigen, einem **incapax** [12], eine Erbschaft deferirt ist, oder man denke an die Vorschrift des **C. Silanianum** u. dgl. m. Wer zweifelt hier an der wirklich geschehenen Delation? und dennoch ist der Berufene in allen diesen Fällen an dem wirklichen Erwerbe der Erbschaft gehindert, zum sicheren Zeichen, daß bei weitem nicht jedes Hinderniß der Erwerbung auch zugleich ein Hin-

---

11) Ulp. XXIV. 31: „Legatorum, quae pure vel in diem certum relictae sunt, dies cedit, antiquo quidem jure ex mortis testatoris tempore, per legem autem Papiam Poppaeam ex apertis tabulis testamenti . .“ Cf. l. un. §. 1. de caduc. toll.: „ . . et ideo non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum senatus consulta quae circa legem Papiam introducta sunt, censuerunt“.

12) Unter einem incapax verstehe ich hier natürlich nicht denjenigen, der keine s. g. testamenti factio passiva hat — denn an diesen wird die Erbschaft allerdings gar nicht deferirt —, sondern den bloß zum Erwerb Unfähigen im Sinne der lex Julia et Papia, vergl. mein Pandekten Lehrb. Bd. II. §. 429. Anm. 1 und die dort Angef.

derniß der Delation ist. Offenbar besteht vielmehr das Wesen der Delation darin, daß Jemand, sey es durch letzten Willen, sey es durch Gesetz, in ein solches Verhältniß zur Erbschaft gestellt ist, daß er als der zunächst zum Erbschaftserwerbe ausschließlich Berechtigte erscheint. Ob er jetzt gleich auch wirklich antreten kann, oder ob jetzt noch irgend ein Hinderniß der alsbaldigen Antretung entgegensteht, ist für den Begriff der Delation ganz gleichgültig; genug, daß er in eine solche Beziehung zur Erbschaft gebracht ist, daß er als zur Antretung autorisirt erscheint. Gerade dieser Gedanke nun daß durch die Delation der Berufene eine Anwartschaft auf die Erbschaft erhalte, daß die Delation ihm also die Möglichkeit des Erbschaftserwerbes eröffne, will auch offenbar Terentius Clemens in **l. 151 de V. S.** allein aussprechen, und sicher ist es ihm nicht in den Sinn gekommen, behaupten zu wollen, daß eine Erbschaft erst dann als deferirt gelten könne, wenn gar kein Hinderniß der Erbschaftsantretung mehr entgegenstehe, wenn also der Erbschaftserwerb alsbald und unverweilt erfolgen könne [13]. — Nun hat aber die **lex Julia et Papia** offenbar nichts weiter gethan, als daß sie durch ihre Bestimmung über Kaduzität mittelbar auch ein Hinderniß des alsbaldigen Erbschaftserwerbes einführte, und es läßt sich durchaus nicht einsehen, weßhalb dadurch auch der durch die Delation begründete, von dem Erwerbe gar sehr verschiedene, Nexus bis zur Apertur hinausgeschoben seyn sollte. M. a. W. in der Bestimmung der **lex Julia et Papia**, daß die Erbpor-

---

13) Vergl. auch Goedd. ad l. 151 cit. n. 3. Bachov. ad Treutler. vol. II. disp. 15. th. 6. Lauterbach de transm. hered. non acquisitae §. 23. (in dissertt. acadd. vol. II. pag. 1920). Der Letztere drückt den Gedanken, auf den es hier ankommt, so aus: „Illa enim recte et proprie dicitur delata hereditas, quae vel potentia adiri vel repudiari potest, licet ex parte heredis scripti aliquid impediat, quominus adiri possit; et ut aliqua delata dicatur, magis ex qualitate hereditatis, quam ejus, cui defertur, aestimari solet“.

tion des vor der Testamentseröffnung wegfallenden Erben stets kaduk werden solle, lag implicite die andere Bestimmung, daß der Erbe ante apertas tabulas nicht antreten dürfe, weil eine bereits erworbene Erbportion nicht mehr kaduk werden kann; daß aber ante apertas tabulas auch keine Delation erfolgen solle, konnte aus jener Bestimmung der lex Julia et Papia unmöglich gefolgert werden, weil die Delation so wenig der Kaduzität im Wege steht, daß sich vielmehr nicht ohne Grund die Behauptung aufstellen läßt, daß die eigentliche Kaduzität immer die schon wirklich geschehene Delation vorausgesetzt habe.

2) Daß bei Legaten durch die lex Julia et Papia der dies bis zur Apertur des Testaments hinausgerückt worden ist, kann kein Argument dafür abgeben, daß dasselbe bei Erbschaften der Fall gewesen sey. Da nämlich bei Vermächtnissen bekanntlich unmittelbar mit dem dies cedens der wirkliche Erwerb des Legatenrechts erfolgte, die Vorschrift der lex Julia et Papia aber, daß das Hinterlassene immer kaduk werden sollte, wenn der Honorirte vor Eröffnung des Testamentes wegfalle, nothwendig einen Aufschub des Erwerbes herbeiführen mußte, so konnte es gar nicht anders seyn, als daß nach jenem Gesetze der dies legati cedens erst post apertas tabulas eintrat [14]. Derselbe Satz aber, der bei Legaten zum Hinausrücken des dies cedens hinführen mußte, konnte bei Erbschaften konsequenter Weise nur die Folge haben, daß der Erbschaftserwerb erst post apertas tabulas möglich wurde, während der Zeitpunkt der Delation dadurch ganz unberührt blieb.

---

14) Die von Justinian in l. un. §. 1. C. de caduc. toll. (s Note 11.) erwähnten Senatsbeschlüsse führten daher jenen Satz auch gewiß nicht zuerst ein, sondern erwähnten ihn blos als eine nothwendige Folgerung aus der lex Julia et Papia. Wenn daher Ulp. XXIV. 31. dieses Gesetz selbst als die Quelle jenes Satzes aufführt, so darf darin kein Widerspruch mit Justinian's Angabe gefunden werden.

3) Wie wenig auch die römischen Juristen annahmen, daß seit der **lex Julia et Papia** die Erbschaft erst nach Eröffnung des Testamentes deferirt werde, wie sie vielmehr fortwährend den Zeitpunkt des Todes des Erblassers als den der Delation betrachteten, läßt sich unter Anderem auch aus folgendem Umstande entnehmen. Es ist bekannt, daß die s. g. **testamenti factio passiva** vorhanden seyn muß im Augenblicke der Testamentserrichtung, im Augenblicke der Delation der Erbschaft, und von da an ununterbrochen bis zum wirklichen Erbschaftsantritte. Die Zwischenzeit von der Testaments-Errichtung bis zur Delation kommt dagegen nicht in Betracht, und wenn also z. B. der Erbe während dieser Zeit Peregrine wurde, aber vor der Delation die Kapazität wieder erlaugte, so konnte dieses seinem Erbrechte keinen Eintrag thun. Hätten nun die römischen Juristen als den Augenblick der Delation die Apertur des Testaments angenommen, so würde gerade dieses das kritische Moment gewesen seyn, in welchem die Fähigkeit des Erben nothwendig hätte vorhanden seyn müssen, und jede Aenderung vor diesem Augenblicke wäre zunächst noch einflußlos gewesen, indem ja die Zwischenzeit zwischen der Testamentserrichtung und der Delation nicht in Betracht kommt. Dem ist aber nicht so; sondern einstimmig nehmen die Juristen den Augenblick des Todes des Erblassers als den entscheidenden an [15]), und jede Veränderung zum Schlim-

---

15) Vergl. bes. l. 49. §. 1. de hered. inst. (28, 5.): „In extraneis heredibus illa observantur, ut sit cum iis testamenti factio . ., et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis tempore, ut effectum habeat; . . medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem mutatio juris heredi non nocet — L. 59. §. 4. eod.: Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit, aut si sub conditione heres institutus est, quo tem-

men, die nach dem Tode, obwohl vor Apertur des Testaments erfolgt, hebt sogleich das Erbrecht auf, ohne daß erst abgewartet wird, ob nicht etwa bis zur Eröffnung des Testamentes es sich wieder zum Bessern wenden möchte [16]).

Sind wir nun in Gemäßheit dieser Erörterungen zu der Annahme berechtigt, daß die **lex Julia et Papia** in Betreff des Zeitpunktes der Delation am früheren Rechte nichts geändert, daß also auch nach diesem Gesetze die Erbschaft im Augenblicke des Todes des Erblassers deferirt worden ist, so dürfen wir unbedenklich zu unserer früheren Argumentation zurückkehren, wornach die Theodosische Transmission nothwendig die schon geschehene Delation voraussetzt, und also keine Rede davon seyn kann, wenn der eingesetzte Deszendent bei Lebzeiten des Erblassers verstorben ist.

II. Durch die bisherigen Erörterungen möchte auch der sprachliche Grund, den unsere Gegner für sich anführen, wohl als gänzlich beseitigt angesehen werden dürfen; denn wenn sie sagen, Theodosius setze für die Transmission ganz allgemein weiter nichts voraus, als daß der eingesetzte Descendent „**ante apertas tabulas**" verstorben sey, und dies sey doch offenbar dann, wenn er bei Lebzeiten des Erblassers versterbe, nicht weniger der Fall, als wenn er erst nach dem

---

pore conditio existit. Besonders beweisend ist hierbei auch noch die Nebeneinanderstellung des Augenblicks des Todes und der existirenden Bedingung; wie im Falle bedingter Erbeinsetzung die Delation im Augenblicke der erfüllten Bedingung geschieht, so geschieht dieselbe bei einer unbedingten Erbeinsetzung im Augenblicke des Todes des Erblassers.

16) Nach Ulp. XVII. 1. fin. wird die Erbportion sogleich kaduk, wenn der Erbe nach dem Tode des Erblassers ante apertas tabulas Peregrine wird. Wäre zu Ulpian's Zeit die Erbschaft erst im Augenblicke der Testamentseröffnung deferirt worden, so hätte die vor dieser Zeit erfolgte capitis deminutio nichts schaden können, wenn nur zu dieser Zeit der alte Status wieder hergestellt gewesen wäre.

Tode desselben weggefallen sey: so glaube ich vorher hinlänglich gezeigt zu haben, daß der scheinbar allgemeine Ausdruck: „ante apertas tabulas“ in der ganzen übrigen Darstellung seine bestimmte Gränze findet, und nur von der Zeit nach dem Tode des Erblassers verstanden werden darf. Aber auch abgesehen hiervon muß man doch gewiß sagen, daß schon an und für sich der Ausdruck: „ante apertas tabulas“ am Natürlichsten nur auf die Zeit nach dem Tode des Testators bezogen werden kann, weil bei Lebzeiten desselben von einer Eröffnung des Testamentes im technischen Sinne des Wortes gar keine Rede seyn kann.

III. Die Gegner stützen sich für ihre Ansicht, daß die **transmissio Theodosiana** auch dann eintrete, wenn der eingesetzte Deszendent bei Lebzeiten des Erblassers verstorben sey, auch noch auf eine angebliche Gleichheit der **ratio legis**. Wenn nämlich der Honorirte bei Lebzeiten des Erblassers weggefallen sey, so sey seine Portion **in causa caduci** gewesen, und dabei hätten dann dieselben rechtlichen Grundsätze Anwendung gefunden, welche bei dem eigentlichen **caducum** galten. Da nun Theodos beabsichtigt habe, zu Gunsten vorhandener Deszendenten die Folgen der Kaduzität aufzuheben, so würde er auf halbem Wege stehen geblieben seyn, wenn er seine Transmission auf den Fall beschränkt hätte, wenn der eingesetzte Deszendent erst nach dem Erblasser verstorben sey. — In der That ist aber das, was bei dieser Argumentation als gewiß vorausgesetzt wird, daß nämlich nach der **lex Julia et Papia** das **in causa caduci** Seyende ganz wie das eigentliche **caducum** behandelt worden sey, gar nicht so ausgemacht und zweifellos, wie man gewöhnlich anzunehmen pflegt, und es lassen sich recht gute Gründe für das Gegentheil anführen. Doch würde die weitere Verfolgung dieses Punktes für unsere Frage nur von geringem Interesse seyn, da sich auch ganz abgesehen davon die angebliche Gleichheit der **ratio legis** ohne Mühe beseitigen läßt. Augenscheinlich wollte Theodos für die entfernteren Deszendenten

die Nachtheile entfernen, welche aus den Bestimmungen der lex Julia et Papia für sie hervorgingen. Solche Nachtheile kamen nun allerdings vor, wenn der eingesetzte nähere Descendent nach dem Tode des Erblassers, aber ante apertas tabulas verstorben war; denn ohne die Neuerung der lex Julia würde aller Wahrscheinlichkeit nach der eingesetzte Descendent die älterliche Erbschaft sogleich angetreten haben, und dieselbe dann auf diesem Wege auf seine Kinder gekommen seyn. Dies war nach den Vorschriften der lex Julia et Papia nicht mehr möglich, und deßwegen verordnete Theodos, es sollten diese Kinder dennoch die großälterliche Erbschaft an sich ziehen, und so die Härte der lex Julia et Papia für sich unschädlich machen dürfen. Ganz anders verhält es sich dagegen in dem zweiten Falle, wenn der eingesetzte Descendent noch bei Lebzeiten des Erblassers verstorben ist. Hier hatten die entfernteren Descendenten auch vor der lex Julia et Papia keinerlei Hoffnung auf die Erbschaft, wenn sie nicht etwa substituirt waren, oder aus Gründen des Notherbenrechts das Testament anfechten konnten. Durch die lex Julia et Papia wurde ihnen also auch in keiner Weise ein Schaden zugefügt, und Theodos konnte demnach auch nicht an die gesetzliche Abhülfe eines solchen denken. — Aber auch abgesehen hiervon ist der Unterschied der beiden Fälle, wenn der eingesetzte Descendent bei Lebzeiten des Erblassers und wenn er nach dem Tode desselben verstirbt, einleuchtend genug, wenn man nur erwägt, daß ja im ersten Falle der Testator selbst durch ein neues Testament noch immer nachhelfen kann, und daß, wenn er dies versäumen sollte, in den bei weitem meisten Fällen jede Härte für die entfernteren Descendenten durch die gesetzlichen Bestimmungen über Notherbenrecht aufgehoben ist. Man sieht, daß, so dringend eine gesetzliche Bestimmung für den Fall seyn mochte, wenn der eingesetzte Descendent nach dem Tode des Erblassers verstorben war, für den zweiten Fall gar kein wahres Bedürfniß vorlag, von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen abzugehen. Daß sich

nun das Theodosische Gesetz auch in der That nur auf den Fall des eigentlichen caducum, nicht auch auf den anderen in causa caduci bezog, dafür spricht auch noch sehr bestimmt der Zusammenhang, in welchem die Theodosische Transmission in der l. un. §. 5. C. de caduc. toll. (6, 51.) angeführt wird. Nachdem nämlich in §. 3. von demienigen, was pro non scripto gilt („in primo ordine", ubi pro non scriptis efficiebantur ea" rel.) und in §. 4. von dem in causa caduci die Rede war („pro secundo vero ordine, in quo ea vertuntur, quae in causa caduci fieri contingebant" etc.), geht der Kaiser im §. 5. zum eigentlichen caducum über („in novissimo autem articulo, ubi proprie caduca fiebant" rel.), und gerade nur hierbei wird die Theodosische und Justinianische Transmission in Betracht gezogen. Selbst auch schon in dieser Zusammenstellung dieser beiden Transmissionen, von denen die letztere doch ganz entschieden nur dann eintritt, wenn der Transmittent nach dem Testator verstorben ist, liegt ein nicht ganz unbedeutendes Argument für die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht.

IV. Endlich haben noch die Vertheidiger der gegnerischen Ansicht besonderes Gewicht gelegt auf die angebliche Grundidee der transmissio Theodosiana als einer gesetzlichen Substitution, eine Idee, die in unseren Tagen vielfachen Anklang gefunden hat [17]). Es kann nicht geläugnet werden, daß, wenn sich diese Ansicht von unserer Transmission bestätigen sollte, daraus nicht nur ein recht scheinbares Argument für die bisher von uns bekämpfte Ansicht hervorgehen [18]), sondern dieselbe auch für andere Fragen sehr fol-

---

17) Vergl. außer den in Note 5 Angef. z. B. noch Puchta Lehrb. S. 556. („wie wenn sie ihm von dem Testator substituirt wären"), Büchel, Streitfragen aus No. 118. Marburg 1839. S. 17 u. A. m.

18) Uebrigens leuchtet von selbst ein, daß wenn auch die angebliche Grundidee der transm. Theod. als einer gesetzlichen Substitution

genreich seyn würde, z. B. in Betreff des Verhältnisses der transmissarii zu den Substituten, in Betreff der Frage, ob auch die im Augenblicke des Todes des Erblassers noch gar nicht konzipirten Deszendenten auf diese Transmission Anspruch machen könnten, u. dgl. m. Meiner Ueberzeugung nach läßt sich aber jene Idee nicht rechtfertigen, indem nicht nur die Gründe, die man dafür anführt, äußerst ungenügend, sondern auch ganz entscheidende Gegengründe vorhanden sind. Für jene Idee können nämlich nur folgende Gründe vorgebracht werden. Wenn die Testatoren selbst die Kaduzitäts-Vorschriften der **lex Julia et Papia** für ihr Testament hätten beseitigen wollen, so sey dazu die Anordnung von Substitutionen das nächstliegende und gewöhnlichste Mittel gewesen [19], und sehr natürlich und begreiflich sey es daher gewiß, wenn auch der Gesetzgeber dieses passende und in allgemeiner Uebung seyende Mittel zur Erreichung desselben Zweckes angewendet habe. Daß er dieses aber auch wirklich gethan, gehe deutlich genug aus dem Ausdruck: „licet non sint invicem substituti" hervor, denn darin liege offenbar der Gedanke, daß, wenn die entfernteren Deszendenten auch nicht wirklich ihrem eingesetzten parens substituirt seyen, sie doch als substituti gelten sollten. — Die folgenden Bemerkungen werden, wie ich hoffe, dazu dienen, die Unhaltbarkeit dieser Ansicht nachzuweisen.

---

sich beweisen lassen könnte, dadurch doch die gegnerische Ansicht noch keineswegs bewiesen wäre, denn gleichwie bei der vom Testator wirklich angeordneten Substitution bestimmte Schranken vorkommen können, so könnte dies ja auch unbedenklich bei der gesetzlich angenommenen Substitution der Fall seyn.

19) L. un. pr. C. de caduc. toll.: „. . Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, ut et substitutiones introducerent, ne fiant caduca, et si facta sint, ad certas personas recurrere disponerent, vias recludentes, quas lex Papia posuit in caducis".

1) Daraus, daß die Erblasser zu Substitutionen ihre Zuflucht nahmen, wenn sie die Nachtheile der Kaduzität von ihrem Nachlasse abwenden wollten, kann doch gewiß nichts weiter gefolgert werden, als daß möglicher Weise auch der Gesetzgeber zu jenem Mittel geschritten sey. Die Testatoren ordneten zu diesem Zwecke Substitutionen an, weil sie kein anderes Mittel hatten; dem Gesetzgeber standen aber vielfach andere Mittel zu Gebote, denn er konnte z. B. die Kaduzität für bestimmte Fälle ganz aufheben, oder er konnte, um sie unschädlich zu machen, die Fiktion zu Grunde legen, daß der eingesetzte Deszendent schon die Erbschaft erworben gehabt habe, ehe er gestorben war, oder er konnte eine eigentliche Transmission, also ein Nachrücken in die Delation des weggefallenen Instituten anordnen u. dgl. m. Und warum sollte nun Theodos unter den vielen sich ihm darbietenden Mitteln, gerade das Mittel einer stillschweigenden Substitution gewählt haben? Umgekehrt lassen sich eben dafür, daß er dieses Mittel mit Vorbedacht nicht wählte, recht gute Gründe anführen. Sehr natürlich ist es, daß der Gesetzgeber gerade nur so viel von dem geltenden Rechte abändern wollte, als zur Abwendung der fühlbaren Härten nöthig war, welche durch die lex Julia et Papia für die entfernteren Deszendenten herbeigeführt wurden. Hätte er nun aber das Mittel einer stillschweigenden Substitution gewählt, wie unsere Gegner wollen, so würde dadurch eine weit umfassendere Aenderung des bestehenden Rechtes bewirkt worden seyn, als zur Erreichung jenes Zweckes nothwendig war. Ein Substitut tritt nämlich, sofern vom Erblasser keine besonderen Schranken angeordnet sind, überall dann ein, wenn der Instituirte vor der Erwerbung der Erbschaft wegfällt, einerlei, wann er wegfällt, ob bei Lebzeiten des Erblassers oder nachher, und im letzteren Falle ob vor oder nach Eröffnung des Testaments, und ferner einerlei, wie er wegfällt, ob durch Tod, oder durch Unfähigkeit, oder durch Ausschlagung, oder durch Wegfall einer Bedingung u. dgl. m. In diesem Umfange

die entfernteren Deszendenten zur Nachfolge zu berufen, konnte doch sicher nicht die Absicht des Kaisers seyn, indem er dadurch weit über seinen eigentlichen Zweck hinausgegangen wäre; und so begreift es sich leicht, wenn er ein andres passenderes Mittel, als die Anordnung einer stillschweigenden Substitution zur Erreichung jenes Zweckes in Anwendung brachte. Wie er uns ja ganz ausdrücklich sagt, so sollen die entfernteren Deszendenten in Folge seines Gesetzes nur dann eintreten, wenn der eingesetzte nähere Deszendent durch Tod hinweggefallen ist, und zwar nur, wenn er vor Eröffnung des Testaments gestorben ist[20]), und schon diese offen ausgesprochenen und ganz unzweifelhaften Beschränkungen sind mit der Annahme einer stillschweigenden Substitution nicht wohl verträglich. Wollte aber der Kaiser überdies, wie ich in den vorausgehenden Erörterungen nachzuweisen versucht habe, sein neues Gesetz auch nur für den Fall eintreten lassen, wenn der eingesetzte Deszendent erst nach dem Tode des Erblassers verstorben war, so war noch ein weiterer entscheidender Grund vorhanden, die Anordnung einer stillschweigenden Substitution zu widerrathen.

2) Die Ausdrucksweise von Theodosius ist so entschieden, wie möglich, gegen die Idee einer stillschweigenden Substitution. „Die eingesetzten und vor der Eröffnung des Testaments verstorbenen Deszendenten sollen auf ihre Kinder **derelictam sibi hereditariam transmittere**," vgl. auch **Rubr. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt**. Wir wollen zugeben, daß das Wort **transmittere** bei den Römern keine so streng technische Bedeutung hatte, wie wir es h. z. T. anzunehmen pflegen, und wir wollen also auf den Gebrauch dieses Worts kein entscheidendes Gewicht für die Annahme einer wirklichen Transmission

20) L. un. C. de his, qui ante ap. tab.: „. . . et ante apertas tabulas defuncti"

im heutigen technischen Sinne des Worts legen. Aber das muß doch Jedermann einräumen, daß ein solcher Ausdruck unmöglich für das Verhältniß eines Instituten zum Substituten gebraucht werden kann. Wer in aller Welt möchte wohl sagen: der Institut übertrage die ihm hinterlassene Portion auf den Substituten? Nicht Kraft des Rechts des Instituten kommt ja der Substitut zur Erbfolge, sondern Kraft eigenen Rechts, in Folge einer neuen Delation, ganz ähnlich so, wie bei der Intestaterbfolge derjenige, welcher vermöge der successio ordinum oder graduum nachrückt. Jener von Theodos gebrauchte Ausdruck deutet aber unabweislich darauf hin, daß der entfernte Deszendent Kraft des Rechts des eingesetzten Erben zur Succession kommen soll, und an eine stillschweigende Substitution darf also dabei gewiß nicht gedacht werden.

3) Wie der Ausdruck von Theodos selbst, so ist auch die Art und Weise, wie Justinian von der transmissio Theodosiana redet, ganz entschieden gegen die Annahme einer gesetzlichen Substitution. Er geht in l. un. § 5 C. de caduc. toll. von dem Grundsatze aus, daß eine noch nicht angetretene Erbschaft nicht transmittirt werden könne, daß es also keine successio in delationem gebe, und als Ausnahme von diesem Grundsatz führt er die transmissio Theodosiana und die von ihm selbst eingeführte Transmission an. Daß also dem Kaiser Justinian dabei die Idee einer gesetzlichen Substitution ganz fremd ist, kann darnach nicht in Abrede gestellt werden, und wo möglich noch klarer geht dies aus l. un. § 13 eod. hervor, wo die von ihm früher (in §. 5) angeführten Transmissionen, also die Theodosische und seine eigne, in direkten Gegensatz zur Substitution gestellt werden:

„Quum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc,

si quidem habeat substitutum, ad eum si voluerit et potuerit, pervenire."

Wenn v. Buchholtz bemerkt, „Justinian möge immerhin die Verordnung von Theodos so angesehen haben, als ginge sie auf die Transmission, allein eine solche unrichtige Ansicht des Kaisers könne für den heutigen Interpreten kein Gesetz seyn", so könnte man die Richtigkeit dieser Bemerkung allenfalls dann zugeben, wenn es ganz ausgemacht und völlig bewiesen wäre, daß Theodos selbst nicht an eine Transmission, sondern an eine gesetzliche Substitution gedacht habe. Daß aber, da jene Ansicht, zum Mindesten gesagt, sehr problematisch und zweifelhaft ist, die Art und Weise, wie Justinian dieses Gesetz auffaßt, von der entschiedensten Wichtigkeit auch für unsre Betrachtungsweise seyn muß, kann doch wohl nicht in Abrede gestellt werden.

4) Die vorher abgedruckte Stelle (l. un. §. 13 C. de caduc. toll.) kann aber auch noch von einer andern Seite her benutzt werden, um die Unhaltbarkeit der gegnerischen Ansicht darzuthun. Setzen wir, der Testator habe wirklich für den Fall, daß sein eingesetzter Descendent wegfalle, beliebige Dritte zu Substituten ernannt, und der Institutus sterbe vor Eröffnung des Testaments; wie rangiren sich hier die Substituten, die der Testator ernannt, und die entferntren Descendenten, die vermöge der lex Theodosiana gerufen sind? Faßt man bei der transmissio Theodosiana die Idee einer stillschweigenden Substitution auf, so ist an einen Vorzug der stillschweigend Substituirten vor den ausdrücklich Substituirten gar nicht zu denken, sondern man könnte nur annehmen, entweder daß die wirkliche Substitution der gesetzlich angenommenen vorgehe, indem die letztre ja nur auf einem präsumirten Willen beruhe, welcher dem wirklich ausgesprochenen nachstehe, oder daß der stillschweigend Substituirte mit dem ausdrücklich Substituirten ganz gleich rangire, und Beide also in die Substitutionsportion sich theilen müßten. Jede dieser beiden möglichen Meinungen wird aber widerlegt

durch die l. un. §. 13 C. cit., indem daraus bestimmt genug hervorgeht, daß bei der transmissio Theodosiana nicht weniger, wie bei der Justinianea der Transmissarius den entschiedenen Vorzug vor den Substituten hat, ein Grundsatz, der, wie gesagt, mit der Annahme einer stillschweigenden Substitution gewiß nicht vereinbar ist.

5) Nicht ohne Grund erinnern auch Löbenstern und Mayer an den angeführten Orten, daß die Grundsätze über Notherbenrecht, wie dieselben in Justinian's Sammlung noch als völlig praktisch dargestellt sind, die Idee einer stillschweigenden Substitution für die Theodosische Transmission nicht wohl zulassen. Darnach müßten ja die entfernteren Deszendenten, sofern nur ihr parens eingesetzt wäre, immer auch als eventuell eingesetzt angesehen werden, und von einer Präterition derselben, und von daraus hervorgehenden Rechtsmitteln im Falle des Nachrückens könnte gar keine Rede seyn, während doch bekanntlich in Justinian's Sammlung sehr detaillirte Grundsätze in beträchtlicher Zahl darüber vorkommen.

6) Nach allem diesem hat man offenbar auf den Ausdruck: licet non sint invicem substituti viel zu viel Gewicht gelegt, und darin etwas finden wollen, was an sich nicht darin liegt, und woran der Kaiser auch sicher nicht gedacht hat. Der Gedanke kann allerdings aus jenen Worten entnommen werden, der Kaiser wolle unter den im Gesetze angegebenen Umständen seine neue Wohlthat gewähren, obwohl die entferntren Deszendenten den näheren nicht substituirt seyen, und der Testator also nicht das Seinige gethan habe, um die Nachtheile der Kaduzität nach Kräften von den entfernteren Deszendenten abzuwehren; es solle also die Hülfe des Gesetzes die mangelnde Vorsicht des Testators ersetzen. Und auch das liegt in jenen Worten, daß, wenn der Testator selbst für seine entferntern Deszendenten dadurch gesorgt hat, daß er sie ihrem instituirten parens substituirte, die neue Rechtswohlthat ganz überflüssig ist. Daß aber umgekehrt die

neue Rechtswohlthat ganz und in allen Beziehungen wie die vom Testator selbst angeordnete Substitution wirke, daß es also ganz einerlei sey, ob der Testator die entfernteren Deszendenten den näheren substituirt habe, oder nicht; das läßt sich, wie ich glaube, aus jenen Worten, und wenn man dieselben auch noch so sehr preßte, nicht entnehmen, und ganz unmöglich wird, wie ich bisher vollständig gezeigt zu haben hoffe, diese Auslegung, wenn man nicht auf diese Paar losgerissenen Worte ungebührliches Gewicht legt, sondern das ganze Gesetz in seinem vollen Zusammenhange auffaßt [21].

---

21) Eine eigenthümliche Konjektur in Betreff jener Worte finde ich bei Maran, einem Schriftsteller, der im Uebrigen das Wesen der transmissio Theodosiana schärfer und richtiger aufgefaßt hat, als dies den meisten älteren Interpreten nachgerühmt werden kann. In seinem tractat de transmissionibus s. ad titul. de his, qui ante ap. tab. ad heredes transmittunt geg. C. (in opp. edid. Trotz p. 653.) sagt er wörtlich so: „Transmittunt etiam, licet non sint invicem substituti, inquit Theodosius, quibus verbis nihil aliud significari potest, quam et ante constitutionem olim eo casu, quo invicem substituti essent, transmissioni fuisse locum, quod perabsurdum est, nam fiscus impediebat transmissionem, substitutio vero fiscum, l. un. §. 1. de caduc. toll.. quanto magis ergo tunc substitutio debuit impedire transmissionem? Quare ausim affirmare, legendum esse, licet sint invicem substituti, negatione sublata, ut invicem accipiamus, non quasi reciproce et ad invicem, sed in locum, perinde ac si dixisset simpliciter, licet sint substituti, de quo dubitari juste potuit, quia, ut dixi, olim fiscus erat potior heredibus deficientis, substitutus autem fisco". Darnach soll denn also der Gedanke, den Theodos in jenen Worten ausdrücken wollte, einfach der seyn, daß selbst, wenn Substituten da seyen, dennoch die Transmissare eintreten, daß also die Letzteren den Ersteren vorgehen sollten. Ich muß diese Konjektur für völlig mißrathen halten. Sie ist zunächst jedenfalls überflüssig, indem, wie ich im Texte zu dieser Note gezeigt zu haben hoffe, jene Worte, auch wenn man das non stehen läßt, einen recht guten Sinn geben; und es ist ganz willkürlich, wenn

Als das schließliche Resultat aller bisherigen Erörterungen stellt sich nun also der wichtige Satz heraus, daß von der transmissio Theodosiana schlechthin nur dann die Rede seyn kann, wenn der eingesetzte Deszendent nach dem Tode des Erblassers verstorben ist; ein Satz, welcher auch, ungeachtet der vielfachen Anfechtungen, die er in unsren Tagen erlitten hat, doch noch immer als von der herrschenden Meinung angenommen, betrachtet werden muß [22].

II.

Nicht minder bestritten ist die andre Frage, ob die Theodosische Transmission nur dann eintrete, wenn der eingesetzte De-

---

Maran unter dieser Voraussetzung die allerdings ganz absurde Folgerung daraus machen zu müssen glaubt, daß schon vor diesem Gesetze dann, wenn Substitutionen angeordnet gewesen seyen, eine Transmission Statt gefunden habe. Müßte man nicht mit eben dem Rechte wenn man mit Maran das non wegläßt, dann daraus folgern, daß vor diesem Gesetze eine Transmission Statt gefunden habe, wenn keine Substitutionen angeordnet gewesen?! Es ist aber jene Konjektur auch innerlich unmöglich. Lies't man nämlich: licet sint invicem substituti, so könnte der Sinn nur der seyn: die entfernteren Descendenten sollen als Transmissare eintreten, obwohl sie ihrem parens substituirt sind, was soll ihnen dann aber in diesem Falle die Transmission nützen? Maran kann bei seiner Konjektur nur dadurch einen irgend verständigen Sinn in jene Worte bringen, daß er das invicem als etwas ganz Leeres und Nichtssagendes betrachtet. Das ist offenbar unthunlich, und wenn man auch gewiß zugeben muß, daß damit nicht eine wechselseitige Substitution ausgedrückt werden soll, so liegt doch jedenfalls darin, daß der Kaiser sich gerade die entfernteren Deszendenten als Substituten der eingesetzten Erben denkt.

22) Vgl. z. B. Niemeyer cit. §. 24, Diehl cit. §. 23, Steppes a. a. O. S. 40 fgg., Löbenstern a. a. O., Mayer, a. a. O. Not. 1 S. 321 fgg., Roßhirt a. a. O. S. 201, Dess. Lehrb. §. 648, Thibaut Syst. §. 826 und Brauns Erört. S. 618, Mühlenbruch Lehrb. 3. Aufl. §. 705 Not.

szendent ante apertas tabulas verstorben sey, oder ob sie auch dann Platz greife, wenn derselbe nach Eröffnung des Testaments verstarb? Die letztre Meinung hat von der Glosse an, gestützt durch die Auktorität des Cujacius[23]), bis auf unsre Tage hin zahlreiche Vertheidiger gefunden[24]), obgleich freilich auch von jeher die entgegengesetzte Ansicht viele und bedeutende Anhänger gefunden hat[25]). Bei der näheren Erörterung dieser Frage wird es zweckmäßig seyn, die beiden

---

14, Puchta Lehrb. S. 556, Valett Lehrb. §. 1216., Göschen Vorles. §. 912 a. E.

23) Cujac. Parat. in Cod. lib. VI. tit. 52 (in opp. ed. Neap. tom. II. p. 429 sq.), recit. solenn. in Cod. lib. VI. tit. 51 (in opp. IX. p. 889 sq.) Nachdem Cujac. bemerkt hat, daß es im Justinianischen Rechte keiner Testamentseröffnung mehr bedürfe um die Erbschaft antreten zu können, fährt er wörtlich so fort: „nec tamen inutilis constitutio est, cum ex ea, quae ita concipitur definitio: liberos a parentibus sibi testamento relictam hereditatem ante apertas tabulas transmittere ad liberos suos, hodie ita concipiatur: liberos a parentibus sibi testamento relictam hereditatem etiam si eam non adierint vel acquisierint, transmittere in liberos suos."

24) Die älteren Juristen sind fast einstimmig jener Meinung; unter den neueren vgl. z. B. Niemeyer cit. §. 23, v. Löhr a. a. O. S. 195, v. Glück Intestaterbf. S. 99 fg., Hunger Erbr. §. 136 a. E., Löbenstern a. a. O. S. 208 fg., (Fuhr) in Schunk's Jahrb. Bd. XXII. S. 21 fg., Roßhirt testam. Erbr. II. S. 200 fg.: v. Wening Lehrb. §. 547, Mejer in Schweppe's Hdb. §. 887 g. E., Puchta Lehrb. S. 536, Mühlenbruch §. 705 („vor dem Erwerb"), Seuffert Lehrb. §. 574 („vor der Antretung").

25) Vgl. z. B. Maran de transm. (opp. ed. Trotz p. 653), Finestres praelect. Cervar. ad tit. Pand. de acqu. v. om. heres. P. II. c. 10 §. 25, A. Faber error. Pragm. dec. 84 err. 10, Diehl cit. §. 26, Steppes a. a. O. S. 42 fg. v. Buchholtz a. a. O. S. 73 fg., Mayer a. a. O. Not. 5, S. 828 fg., Thibaut Syst. §. 826, Schweppe Lehrb. §. 877. Valett Lehrb. §. 1216. Göschen Vorles. Bd. III. Abth. 2 S. 401.

Gesichtspunkte zu trennen, einmal, ob diese Erstreckung der **transm. Theodosiana** auf die Zeit nach Eröffnung des Testaments in Wort und Geist des Theodosischen Gesetzes selbst begründet ist? und dann zweitens, ob nicht eine derartige Ausdehnung unsrer Transmission im Justinianischen Rechte sich rechtfertigen läßt?

I Die erstere Frage glaube ich unbedingt verneinen zu müssen, indem ich es für völlig zweifellos halte, daß nach dem ursprünglichen Sinn des Theodosischen Gesetzes die Transmission schlechthin auf den Fall beschränkt ist, wenn der eingesetzte Deszendent vor Eröffnung des Testaments gestorben ist. Die entgegengesetzte Lehre stützt sich insbesondere auf folgende Argumente. Es sey schon von vorneherein ein fast nothwendiger Schluß, daß, wenn eine Transmission der Erbschaft sogar dann Statt finde, wenn dieselbe dem Transmittenten noch gar nicht einmal deferirt sey, dieselbe noch um so viel mehr Statt finden müsse nach der geschehenen Delation. Dieser Schluß werde noch durch die weitere Betrachtung bestärkt, daß man nicht wohl einsehen könne, weßhalb die Deszendenten des etwas später Gestorbenen schlimmer daran seyn sollten, als die Deszendenten desjenigen, welcher früher gestorben sey. Und was so schon nach allgemeiner Betrachtung sich als nothwendig und billig herausstelle, sey denn auch wirklich nach dem Wortlaute des Gesetzes anzunehmen, denn wenn der Kaiser sage, die eingesetzten Deszendenten sollten ihre Erbportion auf ihre Kinder transmittiren, „**licet et ante apertas tabulas defuncti sint**", so heiße doch das gewiß nichts andres, als daß sogar in diesem Falle die **transmissio** Statt finden solle, und also sicher noch um so viel mehr, wenn der Eingesetzte erst nach Eröffnung des Testaments verstorben ist. — Es wird nicht schwer seyn, diese Argumente in ihrer ganzen Blöße darzustellen.

1) Die Uebersetzung der **l. unica**, die insbesondere v. Löhr a. a. O. vertheidigt, wornach die Transmission „sogar" Platz greifen solle, wenn der Eingesetzte **ante apertas tabulas**

verstorben ist, scheint mir grammatisch unmöglich zu seyn, indem das licet nur mit den Worten non sint invicem substituti, nicht auch mit den folgenden Worten: seu cum extraneis, seu soli sint instituti, und also gewiß auch nicht mit den weiter folgenden: et ante apertas tabulas defuncti in Verbindung gebracht werden darf. Könnte dies noch irgend zweifelhaft seyn, so braucht man nur zu völliger Beseitigung jener Meinung die Rubrik der l. un. ins Auge zu fassen: de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.

2) Der Schluß, den die Gegner uns als einen nothwendigen aufdringen wollen, beruht auf dem freilich sehr verbreiteten Irrthume, daß zur Zeit des Theodos die Delation der Erbschaft erst mit Eröffnung des Testaments erfolgt, und also der Ausdruck: ante apertas tabulas identisch sey mit ante delatam hereditatem, und unter dieser Voraussetzung würde allerdings jener Schluß nicht ohne innere Konsequen seyn. Aber diese Voraussetzung ist irrig, indem, wie wir oben gezeigt haben, die Erbschaft auch nach der lex Julia et Papia im Augenblicke des Todes des Erblassers deferirt wurde, und also die transmissio Theodosiana, obwohl sie nur für die Zeit ante apertas tabulas eintritt, dennoch immer die wirklich geschehene Delation voraussetzt. Damit fällt von selbst der ganze Schluß zusammen.

3) Dafür nnn, daß Theodosius seine neue Rechtswohlthat auf die Zeit ante apertas tabulas beschränkte, läßt sich der in die Augen springende Grund anführen, daß der Kaiser nicht im Allgemeinen die entferntren Deszendenten begünstigen, sondern dieselben nur gegen die speziellen Nachtheile sichern wollte, die für dieselben aus den Bestimmungen der lex Julia et Papia erwüchsen. Diese Nachtheile treten aber schlechthin nur ein, wenn der eingesetzte parens vor Eröffnung des Testaments, also zu einer Zeit gestorben war, wo er die Erbschaft eben wegen der Vorschriften der lex Julia et Papia noch nicht antreten durfte·

War derselbe dagegen erst nach Apertur des Testaments, ohne angetreten zu haben, verstorben, so war zwar für seine Deszendenten ebenfalls die großväterliche Erbschaft der Regel nach verloren, aber nicht wegen der Härte der **lex Julia**, die ja für diese spätere Zeit gar nicht mehr eingriff, sondern wegen der Zögerung ihres **parens**. Auch gegen solche Nachtheile die Deszendenten sichern zu wollen, mußte aber dem Kaiser sehr bedenklich vorkommen, denn leicht hätte dies folgerichtig zur gänzlichen Aufhebung des Grundsatzes „daß eine noch nicht angetretene Erbschaft nicht transmittirt werden könne" hinführen können, und selbst damit wäre noch nicht alle Gefahr für die Kinder beseitigt gewesen, denn hätte nicht ihr **parens**, etwa um seinen Kindern, troß aller Vorsicht des Gesetzes, die großväterliche Erbschaft zu entziehen, dieselbe ausschlagen können?! — Durch diese Betrachtungen wird sich die von den Gegnern aufgeworfene Frage, warum denn die Kinder des später Gestorbenen schlimmer daran seyn sollten, als die desjenigen, der früher gestorben ist? leicht von selbst beantworten. Ueberhaupt ist aber mit solchen Billigkeits-Fragen nicht viel anzufangen, und was könnte man nicht alles aus den Gesetzen wegdemonstriren, wenn man auf dergleichen irgend ein Gewicht legen wollte!

Hiernach scheint es mir zweifellos, daß das Theodosische Gesetz ursprünglich sicher nur in dem Falle Anwendung fand, wenn der eingesetzte Deszendent **ante apertas tabulas** verstorben war, und es bleibt uns nur noch:

II. zu untersuchen übrig; ob sich nicht nach den Grundsätzen des Justinianischen Rechts eine Ausdehnung der **transmissio** auch auf den andern Fall, wenn der Institutus erst nach Eröffnung des Testaments weggefallen ist, begründen lasse? Es ist bekannt, daß Justinian, als er das ganze Kaduzitätsrecht der **lex Julia et Papia** aufhob, konsequent das alte Recht auch insofern wieder herstellte, daß die Erbschafts-Antretung jetzt wieder sogleich nach dem Tode des Erblassers geschehen kann, und nicht die Testaments-Eröffnung

abgewartet zu werden braucht[26]). Damit war denn von der Wurzel aus dem Nachtheile vorgebeugt, den Theodos durch Einführung seiner transmissio abzuwenden gestrebt hatte, und so hätte denn, wenn man bei dem ursprünglichen Grund und Zweck dieses Theodosischen Gesetzes hätte stehen bleiben wollen, dasselbe nothwendig ganz wegfallen müssen. Dies geschah aber nicht und Justinian nahm es nicht nur in seinen Koder auf, sondern bestätigte es auch noch besonders in derselben Verordnung, tn welcher er seine Reformen des Kaduzitätsrechts vornahm; und da drängt sich denn natürlich der Gedanke auf, daß jetzt im Sinne des Justinianischen Rechts jene transmissio wohl anders begründet werden müsse, als früher, und daß namentlich auch die Unterscheidung zwischen der Zeit vor und nach der Testaments-Eröffnung als weggefallen angenommen werden müsse, weil jetzt kein vernünftiger Grund für dieselbe mehr vorhanden seye. So sehr ich nun aber auch die Natürlichkeit und Folgerichtigkeit dieses Gedankens anerkenne, so muß ich dennoch meine Ueberzeugung dahin aussprechen, daß dies Betrachtungen sind, die zwar wohl den Gesetzgeber hätten bewegen sollen, entweder die ganze transmissio Theod., oder doch wenigstens die für die neuern Verhältnisse unpassende Unterscheidung zwischen der Zeit ante und post apertas tabulas abzuschaffen, die aber nicht den Ausleger bestimmen dürfen, diese transmissio über ihre gesetzlichen Schranken auszudehnen. Dabei möchten noch folgende Punkte besonders zu berücksichtigen seyn:

1) Daß Justinian wirklich keine derartige Aenderung in den Voraussetzungen der transmissio Theodos. beabsichtigt hat, geht nicht nur daraus hervor, daß er die Theodosische Verordnung gerade mit den kritischen Worten: et ante apertas tabulas defuncti in seine Kompilation aufnehmen ließ, sondern insbesondere auch noch aus der, von Justinian selbst herrührenden, Titelrubrik der l. un.

---

26) L. un. §. 1. 5 C. de caduc. toll. (6, 51).

cit., wo so bestimmt und deutlich die Schranke: **ante apertas tabulas** hervorgehoben ist, daß man nicht umhin kann, dieselbe auch in den Augen der Kompilatoren als wesentlich anzusehen. Ueberdies aber hätte Justinian auch in der l. un. C. de caduc. toll., wo er den hier einschlagenden Satz der lex Julia et Papia abschaffte, dringende Veranlassung gehabt, die Aenderung mit der transmissio Theod., wenn er eine solche beabsichtigte, anzudeuten; aber statt dessen bestätigt er gerade an diesem Orte pure das Gesetz von Theodos[27])! Dürfen wir nun in einem Falle, wo ganz vollständig bewiesen werden kann, daß der Gesetzgeber eine Aenderung nicht beabsichtigte, doch eine solche annehmen, blos, weil dies die juris elegantia zu fordern scheint?

2) Es ist nichts so Unerhörtes, daß Justinian mit Vorbedacht und voller Absichtlichkeit einen Satz des früheren Rechts stehen ließ, von dem er wohl einsah, daß er eigentlich überflüssig und unnöthig sey[28]). So, um nur ein Beispiel anzuführen, erkannte Justinian recht wohl, daß das ganze Deliberationsrecht neben dem von ihm eingeführten beneficium inventarii völlig überflüssig sey, aber dennoch läßt er es bestehen, weil doch Manche wenigstens der Meinung seyn könnten, daß ihnen dasselbe noch einen Vortheil gewähren möchte, und damit er Niemanden als ein Verächter des alten Rechts erscheinen möge („ne quis nos putaverit antiquitatis pe-

---

27) Freilich hat man wohl schon gesagt, Justinian habe hier nicht pure das Theodosische Gesetz bestätigt, sondern er habe umgekehrt in den Worten „nisi fuerit adita" angedeutet, daß es nicht mehr auf den Zeitpunkt der Apertur, sondern nur auf den des Erbschaftsantritts ankomme, vgl. z. B. Niemeyer cit. p. 31. Es lohnt sich nicht die Mühe, die gänzliche Grundlosigkeit dieser Behauptung näher nachweisen zu wollen.

28) Vgl. auch l. 85 §. 1 de R. J.: „Non est novum, et quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt."

nitus esse contemtores")[29]. Aehnlich mochte es sich in unsrem Falle verhalten. Das konnte dem Kaiser nicht wohl entgehen, daß jetzt eigentlich die transmissio Theodos. ihre ursprüngliche Bedeutung verloren hatte; aber man hatte sich an dieselbe gewöhnt, man mochte sie allgemein als ein nicht unbedeutendes beneficium für die Kinder ansehen, und so erklärt es sich leicht, daß der Kaiser sie bestehen ließ, um auch nicht einmal den Schein auf sich zu ziehen, als ob er härter wäre, als frühere Gesetzgeber, und Rechtswohlthaten aufheben wollte, die eine frühere Zeit eingeführt hatte. Er mochte dies um so mehr thun, da sich nicht verkennen läßt, daß diese transmissio allerdings auch noch im neuesten Rechte den entferntren Deszendenten sehr vortheilhaft werden konnte, und diesen durch die Aufhebung derselben allerdings ein wahrer Nachtheil zugefügt würde[30]. Wenn sich nun hierdurch recht wohl erklärt, wie der Kaiser dazu kam, das Theodosische Gesetz bestehen zu lassen — obwohl er es gewiß nicht eingeführt hätte, wenn es nicht schon da gewesen wäre —, so war doch auf der andern Seite kein dringender Grund vorhanden, dasselbe auszudehnen, denn der Kaiser ließ es ja eben nur bestehen, weil er es vorfand, und "ne quis eum putaverit antiquitatis penitus esse contemtorem", und allen Billigkeits-Rücksichten, aus denen etwa eine Ausdehnung des Theodosischen Gesetzes hätte wünschenswerth scheinen mögen, war ja schon durch die von Justinian selbst in l. 19 C. de jure delib. eingeführte so sehr umfassende Transmission vollständiges Genüge geschehen. —

---

29) L. 22 §. 13 C. de jure delib. (6, 30).

30) Man denke nur z. B. an den Fall, wenn schon ein Jahr vorübergegangen, und also die Justinianische Transmission nicht mehr anwendbar ist; oder man setze, die entfernteren Deszendenten sind gar nicht Erben ihres praedefunctus parens geworden, in welchem Falle sie natürlich von der Justinianischen Transmission ausgeschlossen sind, nicht aber, wie ich unten zeigen werde, von der Theodosischen

Halten wir diese letztren Erörterungen im Auge, so wird sich uns auch leicht eine Frage beantworten, die wir jetzt

III.

noch einen Augenblick betrachten wollen: ob nämlich die **transmissio Theodosiana** nur auf Testaments-Erbfolge beschränkt, oder ob sie auch bei der Intestaterbfolge anwendbar ist? So oft auch das Letztre behauptet wird [31], so ist doch die erstre Meinung gewiß die allein richtige.

Daß Theodosius selbst die von ihm eingeführte Transmission durchaus auf die Testamentserbfolge hat beschränken wollen, kann wohl von Niemanden im Ernste geläugnet werden. Das ganze Gesetz von Anfang bis zu Ende spricht augenscheinlich blos von testamentarischen Erben, und keine Wendung, keine auch noch so entfernte Andeutung kommt vor, daß der Gesetzgeber doch auch an die Intestaterbfolge gedacht habe. Erwägt man nun überdies, daß die Vorschriften der **lex Julia et Papia** bekanntlich nur auf testamentarische Erb-

---

31) Unter den ältern Juristen, von der Glosse an, war dieses die unbedingt herrschende Lehre, und so sagt z. B. Duaren. ad tit. de acq. v. om. her. cap. 5 g. E. (in opp. Francof. 1598 p. 454): „Probabile est, et omnibus probatur, in successione quoque ab intestato huic constitutioni locum esse", und A. Faber beginnt seine Erörterungen in dec. 84 err. 10 mit dem Satze: „Consentiens vox est interpretum omnium et pragmaticorum post Accursium et Bartolum, jus illud novum, quod Theodosius introduxit — — non minus habere locum si ab intestato, quam si ex testamento succedatur." Vgl. z. B. außer den vielen, von Glück Intestaterbf. S. 96 Not. 5 Angef. nach Bapt v. Cassel de hered. transm. Arg. 1696 §. 64, Gloeckner de transm. hered. Heidelb 1673 c. 5 p. 17, Christ de transmissionibus Alt. 1678 cap. 3 nr. 8 p. 25, Brückner de transmissionib. heredit. Erf. 1690 §. 19. Berger de transm. hered. n. 21. (in diss. select. p. 479). Unter unsern Zeitgenossen sind als Vertheidiger dieser Ansicht besonders zu nennen Puchta Lehrb. S. 556 a. E. u. Löbenstern a. a. O. S. 212 fg.

folge gingen und bei der Intestatsuccession weder Kaduzität vorkam, noch auch irgend ein Aufschub der Erbschaftserwerbung Statt fand, sondern die Erbschaft auch nach diesem Gesetze immer sogleich nach dem Tode des Erblassers angetreten werden konnte: so sieht man leicht, daß auch die Gründe, welche den Kaiser zur Einführung seiner transmissio bewogen, auf die Intestaterbfolge schlechthin keine Anwendung fanden, und der Kaiser also verständiger Weise gar nicht daran denken konnte, auch auf sie sein Gesetz erstrecken zu wollen. Der zur Intestatsuccession Berufene, welcher ohne angetreten zu haben, wegfällt, stand immer demjenigen Testamentserben gleich, welcher post apertas tabulas weggefallen ist, und wenn das Theodosische Gesetz sich nicht auf den Letztren bezog, so konnte es aus demselben Grunde auch auf Intestaterben keine Anwendung leiden.

Daß aber im Justinianischen Rechte, seitdem der Erbschaftsantritt des Testamentserben nicht mehr ausgezeichnet ist vor dem des Intestaterben, auch bei der Transmission kein hinreichender Grund der Unterscheidung mehr vorhanden ist, darf man zugeben; aber dennoch muß man sich auch hier ganz eben so und mit denselben Gründen gegen jede Ausdehnung von Seiten der Doktrin erklären, wie in Betreff des vorher bei Nr. II. besprochenen Punkts[32].

---

32) Vgl. auch Cujac. Parat. in Cod. VI. 52 u. 57 (opp. II 430. 434) Recitt. solenn. in Cod. VI. 57 (opp. IX. p. 916), Gliphan explan. leg. diff. Cod. ad l. un. cit. p. 209. Maran. de transm. (opp. ed Trotz p. 653), Finestres cit. §. 18 sq., A. Faber dec. 24 err. 10., Perez in Cod. VI. 52 nr. 9 sq., Niemeyer cit. §. 21, Diehl cit. §. 11, Glück Intestaterbf. S. 96 fgg. Steppes a. a. O. S. 44 fgg., v. Buchholtz a. a. O. S. 72 Not. 134, Meyer a. a. O. Not. 8 S. 326 fg., Büchel Streitfragen aus Nov. 118 S. 17. Roßhirt testam. Erbf. II. S. 499, Thibaut in Braun's Erörtr. S. 617 fg. Göschen Vorles. Bd III. Abth. 2 S. 401, und die Lehrb. von Wening §. 547, Mühlenbruch §. 705.

IV.

Eine wichtige Streitfrage in der Lehre von der transmissio **Theodosiana** ist noch die, ob die entferntren Deszendenten, um auf Transmission Anspruch machen zu können, auch ihren verstorbenen Parens beerbt haben müssen [33]? Meiner Ueberzeugung nach muß die Frage verneint werden, denn in dem Gesetze wird diese Voraussetzung nicht angeführt, und eben so wenig läßt sich nachweisen, daß eine solche Annahme civilistisch nothwendig sey; blose Möglichkeiten aber, oder selbst auch Wahrscheinlichkeiten dürfen uns aber gewiß nicht bestimmen, für eine Rechtswohlthat ein erschwerendes Requisit anzunehmen, welches in keinem Gesetze angeordnet ist. Mag also auch der entferntre Deszendent die Erbschaft seines **praedefunctus parens** ausgeschlagen haben, oder mag er von demselben mit Effekt exheredirt seyn, so steht ihm alles dieses meiner Ueberzeugung nach nicht im Wege, um die großälterliche Erbschaft vermittelst der **transmissio Theodosiana** an sich zu bringen.

I. Ich sagte, das Gesetz enthalte keine Vorschrift darüber, daß der Transmissar auch die Erbschaft des Transmittenten

---

Schweppe §. 877, Warnkönig §. 1087, Seiffert §. 574, Roßhirt §. 648, Valett §. 1216. — Die älteren Juristen z. B. Cujac. u. Giphan, berufen sich für diese richtige Ansicht auch auf l. 2. C. ad sc. Orphit. (6, 57).

33) Die bejahende Antwort hat von jeher die meisten Vertheidiger gefunden; ja sehr Viele sehen dieselbe als sich von selbst verstehend und aus dem Begriffe von Transmission nothwendig hervorgehend an, so daß sie sich gar nicht einmal besonders darüber aussprechen. Vgl. z. B. A. Faber dec. 34 err. 9, Voet ad tit. de acqu. v. om. her. §. 11, Niemeyer cit. §. 25, Marezoll a. a. O. S. 61, Steppes a. a. O. S. 38 fgg., Löbenstern a. a. O. S. 207 fg., Meyer a. a. O Not. 8 S. 329, Roßhirt testam. Erbf. §. 159 a. E. S. 203, Göschen Vorlef. Bd. III. Abth. 2 S. 399 a. E., Schweppe Lehrb. §. 877, Thibaut Syst. §. 826 u. in Braun's Erört. S. 619

erworben haben müsse. Dies wird freilich öfter in Abrede gestellt, indem man vielmehr in den Worten: „si tamen hereditatem non recusant" eine dergleichen Vorschrift finden will, und so behauptete z. B. noch neuerlich Steppes, daß diese Worte auf die Erbschaft des transmittirenden Erben bezogen werden müßten, denn das Gesetz sage: „Inbemus filios rel. in liberos suos derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas (si tamen hereditatem non recusant) eam tanquam debitam vindicare". Das Wörtchen eam im leztren Satze sey offenbar auf die hereditariam portionen im erstren zu beziehen und es sey daher viel natürlicher, das Wort hereditatem in dem eingeschobenen Satze von etwas von dieser portio Verschiedenem, also von der Erbschaft des heres transmittens zu verstehen, wie es denn auch verschieden von dieser bezeichnet sey. Nach der andern Auslegung würde ja auch, da es heiße: „posse transmittere et vindicare" jener Zwischensatz als überflüssig erscheinen und es sey doch eine der ersten Regeln der Hermeneutik, die Worte eines Gesetzes so zu verstehen, daß keines davon ohne Bedeutung bleibe. So wörtlich Steppes. Ich kann diese Meinung nicht theilen, indem ich mich überzeugt halte, daß weit überwiegende Gründe dafür sprechen, daß jene Worte auf die zu transmittirende großelterliche Erbschaft zu beziehen sind. Wenn Steppes auf das Wörtchen eam ein besonderes Gewicht legt, so wird seine Argumentation freilich schon dadurch sehr unsicher, daß jenes Wörtchen keineswegs handschriftlich feststeht, wie jener annimmt (s. oben Not. 2), und läßt man es hinweg — wofür die meisten Gründe zu sprechen scheinen —, so darf als das Objekt des vindicare offenbar nur die unmittelbar vorher erwähnte hereditas, nicht aber die in dem vorhergehenden Satze genannte portio hereditaria supplirt werden, woraus dann unzweifelhaft hervorgeht, daß die hereditas

in dem Satze: „si tamen hereditatem non recusant" eben nur die großelterliche Erbschaft ist, welche die Enkel nach Belieben entweder „recusare" oder „vindicare" dürfen. Dieses Resultat ändert sich in der That aber gar nicht, wenn man auch das eam als beglaubigt ansieht, denn daß dasselbe dann „offenbar" auf die hereditariam portionem in dem früheren Satze nicht auf die unmittelbar vorhergehende hereditatem zu beziehen sey, ist eine mir unbegreifliche Behauptung, die sich nur einiger Maßen daher erklärt, daß Steppes ganz willkürlich den Satz, si tamen hereditatem non recusant als eine von dem übrigen Satzbau völlig getrennte Parenthese betrachtet! Erwägt man nun überdies, daß in dem ganzen Gesetze immer nur von einer Erbschaft, nämlich der großelterlichen, als dem Objekte der Transmission, die Rede ist, so hätte der Kaiser, wenn er in dem Satze: si tamen hereditatem non recusant, an eine andre Erbschaft, nämlich die des transmittirenden parens gedacht hätte, dies nothwendig durch einen nähern Beisatz bezeichnen müssen, denn Niemand, der nicht die Idee schon mit sich bringt, daß zum Zweck der transmissio Theodosiana der entferntre Descendent seinen praedefunctus parens beerbt häben müsse, und nach einer gesetzlichen Bestätigung dieser Idee sucht, wird nach unbefangener Lektüre der l. un. cit. bei jenen kritischen Worten an eine andre, als die großelterliche Erbschaft denken können! Daß aber diese Worte, so verstanden, ganz überflüssig wären, wie Steppes meint, weil ja schon in dem posse transmittere et vindicare eine genügende Hinweisung auf die Willkür des Transmissarius liege, kann in keinem Falle zugegeben werden. Wenn man nämlich auch einräumen will, daß das posse nicht blos mit dem transmittere in Verbindung gebracht werden dürfe, sondern auch auf das vindicare bezogen werden müsse — obwohl dies nicht ohne Grund bezweifelt werden dürfte —, so ist doch so viel gewiß, daß das posse hier schlechthin keine Hindeutung auf die Willkür Jemandes enthalten, sondern

damit nur eine rechtliche Möglichkeit bezeichnet werden soll. Der Kaiser will sagen: nach seinem Gesetze sey es, was früher nicht habe geschehen können, möglich geworden, daß u. s. w. Gerade die Verbindung des **posse** mit dem **transmittere**, beweißt dies augenscheinlich, denn daß es nicht von der Willkür des eingesetzten, aber **ante apertas tabulas** verstorbenen Erben abhängt, die Transmission eintreten zu lassen, oder nicht, versteht sich ganz von selbst. Wollte also der Kaiser bemerklich machen, daß den entfernteren Deszendenten die großelterliche Erbschaft nicht mit Nothwendigkeit zufallen solle — und eine solche Bemerkung war keineswegs überflüssig, wie wir gleich nachher noch näher sehen werdeu —, so war das posse dazu nimmer hinreichend, sondern es mußte dies noch besonders hervorgehoben werden, was dann eben in den Worten: **si tamen hereditatem non recusant** in sachgemäßer Weise geschehen ist.

II. Also aus den Worten des Gesetzes läßt es sich nicht entnehmen, daß der entferntre Deszendent, um auf die Theodosische Transmission Anspruch machen zu können, auch Erbe des Transmittenten geworden seyn müsse. Eben so wenig möchte aber auch ein anderer Grund vorhanden seyn, der mit irgend einer Nothwendigkeit zur Annahme einer solchen Voraussetzung hinführte. Zwar, wenn sich nachweisen ließe, was Manche behaupten, daß Theodos seine Transmission durch die Fiktion vermittelt hätte, der eingesetzte und **ante apertas tabulas** verstorbene Deszendent habe die ihm nur deferirte Erbschaft bereits erworben gehabt[34]), so müßte allerdings der entferntre Deszendent nothwendig, um die großelterliche Erbschaft

---

34) Vgl. z. B. A. **Faber** error. **Prag.** dec. 34 err. 4 u. err. 9, **Frantzke** exerc. 6, qu. ult. nr. 4 u. nr. 18, **Niemeyer** cit. §. 25, **Gesterding** Ausbeute von Nachforsch. Bd, VI. Abth. 1 S. 265 fgg., **Göschen** Vorles. Bd. III. Abth. 2 S. 400. **Mayer** a. a. O. S. 824.

zu gewinnen, auch die elterliche Erbschaft erworben haben. Aber jener Beweis kann sicher nicht geführt werden.

1) Aus den Worten des Gesetzes kann die Annahme einer solchen Fiktion nicht begründet werden. Höchstens ließe sich der Passus dafür anführen, daß den Enkeln die Befugniß gegeben werden solle, die großelterliche Erbschaft „tanquam debitam vindicare“. Wie wenig hier aber das vindicare in seiner eigenthümlichen technischen Bedeutung gebraucht ist, zeigt schon die Verbindung mit dem debitam; denn bekanntlich vindiziren wir nicht das, was uns geschuldet wird, sondern das, was uns schon gehört (nicht rem debitam, sondern rem nostram). Offenbar soll also mit dem vindicare nur der Gedanke angedeutet werden, daß die Enkel die Erbschaft in rechtlichen Anspruch nehmen könnten, und die Wahl gerade dieses Ausdrucks erklärt sich sehr natürlich aus Grund und Zweck des Gesetzes, denn eigentlich beabsichtigte der Kaiser doch nur, ein neues Vorzugsrecht in Betreff der caducorum vindicatio einzuführen; und eben so wenig, wie das Recht dessen, qui caducum vindicat, auf die Fiktion des von dem Wegfallenden schon geschehenen Erwerbs gegründet ist, ist dies bei dem Enkel der Fall, welcher in Folge des Theodosischen Gesetzes die großelterliche Erbschaft „tanquam debitam vindicat“. Daß überdies der Ausdruck debitam weit mehr gegen, als für jene Ansicht spricht, leuchtet von selbst ein, denn wäre jene Fiktion gegründet, so würde der Transmissar, wenn er Erbe seines parens geworden wäre, die großelterliche Erbschaft nicht als eine debita, sondern als eine von ihm schon erworbene in Anspruch nehmen. — Wie ganz anders drücken sich auch dieselben Kaiser in einem andern Fall aus, wo wirklich jene Fiktion von ihnen angenommen wird, nämlich in dem Falle der s. g. transmissio ex capite infantiae! Hier sagen sie: wenn der infans verstorben sey, ohne daß der Vater die demselben deferirte Erbschaft für ihn angetreten habe, so solle er dennoch „omnia, ex quacunque successione ad

eundem infantem devoluta, jure patrio quasi jam infanti quaesita capere"[35]).

2) Wäre jene Fiktion begründet, so käme man nothwendig zu dem Resultate, daß die großelterliche Erbschaft nur ein Theil der elterlichen wäre, und beide also schlechthin nicht von einander getrennt werden dürften, so daß der Enkel eben so, wie er die elterliche Erbschaft erwerben müßte, um die großelterliche zu gewinnen, umgekehrt auch die leztre immer erwerben müßte, wenn er die erstre erworben hat. Gerade im Gegentheil hat aber der Kaiser in den oben schon näher besprochenen Worten: si tamen hereditatem non recusant verordnet, daß die Anahme der großelterlichen Erbschaft stets von dem freien Willen des Enkels abhängen soll, denn bei dieser Vorschrift suppliren zu wollen, daß der Enkel, wenn er die großelterliche Erbschaft nicht haben wolle, auch auf die elterliche verzichten müsse, würde die reinste Willkür seyn. Ist es aber, wie hiernach nicht bezweifelt werden kann, dem Enkel erlaubt, die väterliche Erbschaft anzunehmen, die großväterliche aber abzulehnen, so fällt damit von selbst die Meinung zusammen, daß der Kaiser jene Fiktion zur Grundlage seiner transmissio gemacht hätte.

3) Es würde aber auch jene Fiktion den Kaiser zu Konsequenzen getrieben haben, die mit seinem eigentlichen Zwecke nicht wohl verträglich gewesen wären. Setzen wir nämlich, daß der eingesetzte und ante apertas tabulas verstorbene Deszendent außer seinen Kindern noch andre Erben hinterlassen habe, so würden auch diese in Folge jener Fiktion Anspruch auf die Transmission machen können; ja, wenn er mit Exheredirung seiner Kinder blos Fremde zu Erben eingesetzt hätte, so würde jene Fiktion konsequent dahin führen, ausschließlich diesen Fremden die transmissio zu Gute kommen zu lassen. Wollte also Theodos, wie es sein unzweifelhaf-

35) L. 18 §. 1 C. de jure delib. (6, 30).

ter nnd deutlich ausgesprochener Wille war, gerade nur die entfernteren Deszendenten begünstigen, so durfte er nicht jene Fiktion zur Grundlage seiner neuen Rechtswohlthat annehmen.

4) Endlich kann auch noch die Art und Weise, wie Justinian der **transmissio Theodosiana** Erwähnung thut, ein Argument gegen jene Ansicht abgeben. Offenbar nämlich betrachtet derselbe in **l. un. §. 5 C. de caduc. toll.** die beiden Transmissionen, die Theodosische und seine eigne, als im Wesentlichen gleichartig, als koordinirte Spezies eines und desselben Genus. Da es nun unzweifelhaft ist, daß bei der Justinianischen Transmission nur das „**arbitrium**", die Erbschaft antreten oder ausschlagen zu dürfen, auf den Transmissar übergeht, so läßt sich sicher nicht annehmen, daß bei der Theodosischen sich dies anders verhalte. Dazu kommt auch noch, daß, wenn der letztren jene Fiktion zu Grunde läge, Justinian streng genommen Unrecht hätte, wenn er dieselbe als Ausnahme von der Regel hinstellt, daß eine noch nicht erworbene Erbschaft nicht transmittirt werde: denn in Folge jener Fiktion müßte ja eben die Erbschaft als erworben angesehen, und folglich auch ganz jener Regel gemäß auf die Erben transmittirt werden. So ist es denn auch ganz konsequent, daß Justinian die s. g. **transmissio ex capite infantiae** in jenem Zusammenhange nicht mit aufführt, eben weil dieselbe auf einer ganz anderu Grundlage beruht, als die Theodosische und seine eigne.

III. Noch bleibt folgende Argumentation übrig, womit man ebenfalls schon den Beweis zu führen gesucht hat, daß die entfernteren Deszendenten, um zur **transmissio Theodosiana** berechtigt zu seyn, ihren **parens praedefunctus** beerbt haben müßten. Es soll nämlich dieser Satz aus dem ganzen Grunde des Theodosischen Gesetzes, wie ihn der Kaiser selbst in den Worten: **perindignum est, fortuitas ob causas etc.** andeute, von selbst folgen, „denn wenn die Kinder ihre elterliche Erbschaft nicht erlangten, so würden sie ja die großelterliche auch alsdann nicht bekommen haben, wenn ihre Eltern

post apertas tabulas und nach deren Erwerbung erst gestorben wären, und sie würden nicht fortuitas ob causas vel casus humanos avita vel proavita successioni fraudari, nicht wegen des früheren Todes ihrer Eltern, der ja hier einflußlos erschiene, sondern durch ihren eignen Willen von der großelterlichen Erbschaft ausgeschlossen seyn" [36]). Ich kann diese Argumentation nicht für ganz zutreffend halten. Sie setzt nämlich voraus, daß der Gesetzgeber immer mit mathematischer Schärfe seine gesetzliche Disposition der ratio legis anpassen müsse. Ist es dann aber etwas so Seltenes, daß eine beschränktere Veranlassung zu allgemeineren gesetzlichen Vorschriften führt? und ist ein solches Verfahren namentlich der Gesetzgebung der späteren römischen Kaiser so fremd? Das läßt sich doch nicht läugnen, daß wenn ein zum Erben eingesetzter Deszendent zwar nach dem Tode des Erblassers, aber zu einer Zeit starb, wo er die Erbschaft noch nicht antreten durfte, in den bei Weitem meisten Fällen gerade durch diesen zufälligen Umstand die gehoffte Erbschaft den entfernteren Deszendenten verloren ging, und ist es denn da nicht ganz natürlich und begreiflich, daß der Kaiser dadurch zu der allgemeinen und durchgreifenden Regel veranlaßt wurde, es sollten in solchem Falle stets die entfernteren Deszendenten die großelterliche Erbschaft noch antreten dürfen? Um so leichter mochte sich Theodos zur Aufstellung einer solchen Durchschnittsregel bewegen lassen, da er dadurch jedenfalls dem präsumtiven Willen des Testators entsprach, denn dieser sieht doch am liebsten den Theil seiner Erbschaft, den er seinem Sohne oder seiner Tochter zugedacht hat, den diese aber nicht erwerben konnten, in den Händen seiner Enkelkinder, einerlei, ob diese gerade ihren unmittelbaren parens beerbt haben oder nicht. Daß aber der Kaiser gerade auch durch diese Rücksicht auf die Wünsche der Großeltern zu seinem

36) Vgl. Mayer a. a. O. Not. 8 S. 329.

Gesetze bestimmt wurde, sagt er uns ja am Schlusse desselben deutlich, indem er es da sehr hart findet, daß Andre als die Enkel „adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum“ zum Genusse der Erbschaft kommen sollten. —

Unser Resultat ist das: in Folge der prinzipalen ratio legis wäre es zwar wohl gedenkbar gewesen, daß Theodos als Voraussetzung für seine neue Rechtswohlthat verlangt hätte, daß die entfernteren Deszendenten ihren praedefunctus parens beerbt haben möchten; aber nothwendig war eine solche Bestimmung in keinem Falle, und es lassen sich gute Gründe aufführen, die den Kaiser bestimmen mochten, es nicht zu thun. Daß wir unter diesen Umständen schlechthin nicht berechtigt sind, jene in dem Gesetze nirgends erwähnte Voraussetzung, supplirend in dasselbe hineinzutragen, scheint mir unzweifelhaft [37]). Kommt es aber bei der transm. Theodosiana auf die Erbenqualität der Deszendenten nicht an, so versteht sich die weitere Konsequenz von selbst, daß, wenn dieselben zwar Erben ihres praedefunctus parens geworden sind, aber zu willkürlich von demselben angeordneten Theilen, doch nicht hiernach bei ihrer Succession in die großväterliche Erbschaft der Maaßstab genommen werden darf, sondern dabei rein die Grundsätze der Intestaterbfolge entscheiden müssen. Setzen wir, der von seinem Vater eingesetzte Titius stirbt ante apertas tabulas und vor geschehenem Erbschaftsantritt mit Hinterlassung eines Sohns und dreier Enkel von einem andern verstorbenen Sohne, und er hat diese seine vier Deszendenten zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzt: so beerben dieselben doch den Großvater vermöge

37) Diese richtige Meinung vertheidigen auch z. B. Diehl cit. §. 13, v. Buchholtz a. a. O. S. 76 fg., (Fuhr) in Schunk's Jahrb. Bd. XXII. S. 20 fg., Wening Lehrb. §. 547, Mejer in Schweppe's Handb. §. 877, Büchel Streitfr. aus Nov. 118 S. 17.

der **transm. Theodosiana** nicht auch nach gleichen Theilen, sondern der Enkel bekommt $\frac{1}{2}$, und die drei Urenkel zusammen auch $\frac{1}{2}$ von der **portio hereditaria** des Titius. Und denken wir uns, daß Titius einen Sohn und von diesem noch lebenden Sohne drei Enkel hat, die er zusammen mit ihrem Vater zu Erben einsetzte, so bekommen diese Enkel von der Erbschaft ihres Urgroßvaters gar nichts, sondern der Sohn des Titius allein kann die dem Letzteren zugedachte Portion vermöge der **lex Theodosii** in Anspruch nehmen.

V.

Zum Schluß dieser Erörterungen über die **transm. Theodosiana** mögen hier noch einige streitige Punkte, die einer ausführlichen Besprechung nicht bedürftig scheinen, kurz zusammengestellt werden.

I. Die Frage, ob die **transm. Theod.** auch dann Platz greife, wenn ein Aszendent seinen Deszendenten zum **heres ex asse** eingesetzt hat, und dieser dann **ante apertas tabulas** verstorben ist? ist weder unpraktisch[38], noch unbestritten, obwohl sich doch die bei Weitem Meisten stillschweigend oder ausdrücklich für die bejahende Meinung entscheiden, und, wie ich glaube, mit größtem Rechte. Der Zweifelsgrund ist folgender: Die Neuerung der **lex Julia et**

38) Man denke nur z. B. an den Fall, wenn dem eingesetzten heres ex asse ein Substitut beigefügt ist; läßt man keine Transmission zu, so kommt, wenn der eingesetzte Deszendent ante apertas tabulas verstirbt, der Substitut an die Reihe, während im andern Falle die Deszendenten des eingesetzten Kindes den Substituten ausschließen. Oder man setze, daß der Testator seinen Sohn ex justa causa enterbt, seinen Enkel ex asse instituirt hat, und der Letztere ante apertas tabulas mit Hinterlassung von Kindern verstirbt; läßt man keine Transmission zu, so tritt Intestaterbfolge ein und der Sohn kommt an die Reihe, während, wenn man die Möglichkeit der Transmission annimmt, der Sohn ausgeschlossen bleibt und die Urenkel die Erbschaft erwerben können.

Papia, daß die Portion des vor der Testaments-Eröffnung wegfallenden Erben kaduk werden solle, bezog sich nur auf den Fall, wenn mehrere Erben eingesetzt waren, und ein heres ex asse konnte also auch nach der **lex Julia et Papia** sogleich nach dem Tode des Erblassers die Erbschaft antreten, ohne erst die Apertur des Testaments abwarten zu müssen (s. oben Not. 1). Da nun Theodos nur die Absicht hatte, die Härten, welche aus den neuen Bestimmungen der **lex Julia et Papia** für die entfernteren Deszendenten hervorgingen, zu beseitigen, so konnte er nur an den Fall denken, wenn mehrere koexistirende Berufene da waren, und darauf scheint denn auch die Ausdrucksweise des Kaisers hinzudeuten, indem er von den eingesetzten Erben immer in der Mehrzahl redet, und von der Transmission der **portio hereditaria** spricht [39]. — Ich kann, wie gesagt, dieser Meinung nicht beistimmen. Soviel ist zunächst außer allem Zweifel, daß jene angebliche Unterscheidung zwischen dem **heres ex asse** und dem **heres ex parte** in den Worten des Gesetzes nicht begründet ist, denn die vorher angegebenen, aus dem Wortausdruck entlehnten Momente für jene Distinktion sind augenscheinlich so schwach und hinfällig, daß dieselbe daraus unmöglich begründet werden kann [40]. Wer nicht die vorher angedeutete historische Deduktion im Sinne hat, wird aus der blosen

---

39) Vgl. z. B. Maran de transmiss. (in opp. edit. Trotz p. 653), Niemeyer cit. §. 28. 25, Diehl cit. §. 23. 24, Glück Intestaterbf. S. 98, Steppes a. a. O. S. 44. Göschen Vorles. Bd. III. Abth. 2 S. 400.

40) Eben so wenig läßt sich freilich auch die umgekehrte Ansicht billigen, daß der Kaiser mit ausdrücklichen Worten seine Transmission auch auf den heres ex asse bezogen habe, denn, wenn man dafür die Worte: seu soli sint instituti anführt, vgl. z. B. Mayer a. a. O. Not. 8 S. 326, so soll damit nicht auf den heres ex asse hingedeutet werden, sondern der Gedanke ist der: es sey gleichgiltig, ob blos Deszendenten oder ob neben ihnen auch noch extranei eingesetzt seyen, denn der ganze Passus heißt: seu cum extraneis, seu soli sint instituti.

Lektüre unsrer l. un. nimmermehr auf jene Unterscheidung fallen. Es fragt sich also nun, ob jene Deduktion so schlagend ist, daß sie uns nöthigt, eine Unterscheidung in das Gesetz hineinzutragen, die in dem Wortausdruck desselben nicht begründet ist, oder m. a. W. ob nachgewiesen werden kann, daß der Kaiser ohne die Annahme jener Unterscheidung etwas Absurdes, etwas civilistisch Unmögliches verordnet hätte, denn nur unter dieser Voraussetzung dürfen wir uns für berechtigt halten, gegen die allgemein lautenden Worte eine Beschränkung der neuen Rechtswohlthat zu statuiren, und ich muß es auch bei dieser Gelegenheit wiederholen, daß blose Möglichkeiten oder selbst Wahrscheinlichkeiten keinen Falls zu der Annahme einer solchen Beschränkung hinreichen Diese Nachweisung kann aber so wenig erbracht werden, daß wir vielmehr dem Kaiser, wenn er jene Unterscheidung wirklich angeordnet hätte, nicht mit Unrecht den Vorwurf machen müßten, daß er aus übertriebener Subtilität etwas recht Hartes und Unbilliges verordnet hätte. Fassen wir nämlich die obige Deduktion in's Auge, so folgt daraus schlechthin nichts weiter, als daß für den **heres ex asse** eine Abänderung des bestehenden Rechts nicht eigentlich nöthig, daß sie für ihn kein dringendes Bedürfniß war, und daß der Kaiser schwerlich gerade nur für den Fall eines **heres ex asse** seine neue Rechtswohlthat eingeführt haben würde. Nützlich und wohlthätig konnte dieselbe dagegen auch für den **heres ex asse** und seine Deszendenten werden, und führte sie der Kaiser für den **heres ex parte** ein, und hätte erst dem **heres ex asse** versagt, so wäre dieser Letztre augenscheinlich ganz unnöthiger Weise in eine wirklich schlechtere Lage gekommen, als unter ganz gleichen Verhältnissen der **heres ex parte**, und hätte sich billig darüber beklagen können. Denken wir uns, der eingesetzte Deszendent, für den der Testator auch einen Substituten ernannt hat, stirbt, ohne den Tod seines Parens erfahren zu haben, **ante apertas tabulas** mit Hinterlassung von Kindern. Hat dieser Deszendent noch Miterben neben sich, so überträgt er un-

zweifelhaft seine Portion auf seinen Deszendenten [41]), und, wenn er heres ex asse ist, dann sollen, unter gleichen faktischen Verhältnissen, seine Kinder ausgeschlossen seyn, und der Substitut zur Erbfolge kommen? Wahrlich, wenn Theodos eine solche Unterscheidung angeordnet hätte, so ließe sich wohl aus jener historischen Deduktion erklären, wie er dazu gekommen sey, aber rechtfertigen ließe sie sich durchaus nicht, und Theodos müßte verdienter Maaßen den Vorwurf der Kurzsichtigkeit und Unüberlegtheit auf sich nehmen. Und unsre Interpreten wollen nun, während der Kaiser jene Klippe glücklich vermieden hat, erst in das Gesetz hineintragen, was, wenn es darin stände, gerechten Tadel verdienen würde! Nach meiner festen Ueberzeugung ist also jene Distinktion zwischen dem heres ex asse und dem heres ex parte weder in den Worten, noch in dem Geiste des Theodosischen Gesetzes begründet. Ganz unerträglich aber würde sie im Justinianischen Rechte seyn, seitdem auch der heres ex parte eben so gut, wie der heres ex asse auch ante apertas tabulas die Erbschaft antreten kann, so unerträglich, daß, wenn auch Theodos dergleichen verordnet hätte, Justinian sich nothwendig zu einer Reform dieses Rechts hätte veranlaßt sehen müssen. Hier kann also um so weniger die Rede davon seyn, wegen des blosen historischen Zusammenhangs eine Beschränkung in das Gesetz hineintragen zu wollen, welcher es im neuesten Rechte an allem und jedem nur irgend verständigen Grunde fehlen würde [42]).

---

41) Ausdrücklich läßt Theodos seine Transmission auch dann zu, wenn der eingesetzte Erbe unbekannt mit seiner Einsetzung verstorben ist, „sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint."

42) Daher sind auch fast sämmtliche Schriftsteller, welche im Geiste des Theodosischen Gesetzes selbst die Beschränkung auf den heres ex parte begründet glauben, doch für das Justinianische Recht andrer Meinung, und beziehen hier die transm. Theodosiana unbedenklich auch auf den heres ex asse; vgl. alle in Not.

II. Nicht ganz unbestritten ist auch die Frage, ob die Theodosische Transmission auch bei eingesetzten sui heredes Anwendung leide, oder ob sie nur bei solchen Kindern Platz greife, die nicht in der väterlichen Gewalt des Erblassers stehen[43]? Dürfte man das Theodosische Gesetz aus

---

39 Citt., mit Ausnahme von Maran und Diehl, welche Beiden auch für unser heutiges Recht jene Beschränkung vertheidigen.

43) Die meisten ältern und neuern Juristen erklären sich gar nicht ausdrücklich hierüber, sondern erklären sich eben so unbestimmt allgemein, wie Theodos selbst, die Transmission trete ein, wenn ein Aszendent seinen Deszendenten zum Erben eingesetzt habe. Viele dagegen führen allerdings ausdrücklich auch die sui an, indem sie die Transmission zulassen bei allen Deszendenten, „obwohl sie keine sui sind" oder „einerlei, ob sie sui sind, oder nicht" u. dgl. m., vgl. z. B. Cabot. disput. lib. II. c. 23 (in Meerm. thes. tom. IV. p. 637), Ungepauer de transm. §. 26, Bapt. v. Cassel de transm. §. 55, Gloekner de transm. aph. V., Berger de transm. §. 19. (in ejusd. diss. sel. p. 477). Fast alle diese beschränken aber diesen ihren Ausspruch wieder durch die weitere Bemerkung, daß jedoch bei den sui noch überdies ein Plus vorkomme, indem dieselben nicht blos auf ihre Deszendenten, sondern auf alle ihre Erben transmittirten; und durch diese Bemerkung heben sie denn in Wahrheit ihre Behauptung, daß die transm. Theodosiana auch auf sui anwendbar sey, wieder auf! Dagegen mit vollem Vorbedacht findet sich jene Behauptung z. B. bei Brueckner de transm. her. §. 20, der damit die wunderliche Idee verbindet, daß der suus wählen könne, ob er mit der transm. ex jure suitatis, oder mit der transm. Theodosiana versterben wolle! Unter unsern Zeitgenossen hat sich besonders v. Buchholtz a. a. O. S. 72 dafür ausgesprochen, daß das Theodosische Gesetz auch auf eingesetzte sui heredes anwendbar sey, und es erklärt sich dies leicht aus seiner oben referirten Ansicht, daß die transm. Theod. eine gesetzliche Substitution sey, nnd daß sie auch dann Anwendung finde, wenn der Eingesetzte noch bei Lebzeiten des Erblassers verstorben sey. Neuerlich hat sich auch Roßhirt testam. Erbr. II. S. 209 für die Anwendbarkeit auf Sui erklärt. — Ausdrücklich auf Nicht Sui wird dagegen die Theodosische Transmission beschränkt z. B. von Maran de transm. (opp. p. 658), Giphan

dem Gesichtspunkte einer gesetzlichen Substitution ansehen, und es in Folge davon auch dann zur Anwendung bringen, wenn der eingesetzte Erbe bei Lebzeiten des Erblassers verstorben ist, so würde ich keinen Augenblick Anstand nehmen, dasselbe auch auf eingesetzte sui heredes zu beziehen, denn für den Fall, wenn der Eingesetzte vor dem Erblasser verstirbt, ist kein Unterschied zwischen einem suus und einem extraneus heres, und es würde eine arge Inkonsequenz seyn, auf die Deszendenten des Letztren die Transmission beschränken zu wollen. Ganz anders aber, wenn man der oben vertheidigten richtigeren Ansicht folgt, wornach das Theodosische Gesetz nothwendig voraussetzt, daß der eingesetzte Erbe nach dem Erblasser verstorben sey. Unter dieser Voraussetzung müssen wir unbedenklich die Anwendung der Theodosischen Verordnung auf die sui heredes leugnen, denn wenn auch die Worte des Gesetzes allerdings eine solche Anwendung zulassen möchten, indem dasselbe allgemein von Kindern redet, ohne die Kinder in der Gewalt ausdrücklich von den übrigen zu unterscheiden, so sind doch ganz entscheidende innere Gründe vorhanden, welche eine solche Beziehung schlechthin ausschließen. Folgende Punkte möchten dabei besonders in Betracht kommen:

1) Auf einen suus heres, welcher seinen Erblasser überlebt, sind die Vorschriften der lex Julia et Papia niemals anwendbar gewesen. Derselbe erwarb auch nach diesem Ge-

---

expl. leg. t. ff. la. ad l. un. cit., A. Faber error. Pragm. dec. 84 err. 9, Duaren ad tit. Dig. de acqu. v. om. her. c. 5 (in opp. p. 454), Hilliger ad Donell. comm. jur. civ. lib. 7 c. 4, not. 5 (in Donelli opp. tom. II. p. 393 sq.), Schubart de transm. hered. ex l. un. C. de his qui tab. her. transm. §. 7. 37. 39, Lauterbach de transm. hered. §. 14 (in ejusd.. diss. acad. vol. II. p. 1014), Niemeyer cit. §. 19, Diehl cit. §. 21, Glück Intestaterbf. S. 97, Steppes a. a. O. S. 83, Valett Lehrb. §. 1216, Göschen Vorles. Bd. III. Abth. 2 S. 399.

setze die Erbschaft ipso jure im Augenblicke des Todes des Erblassers und es war weder von einem Aufschub des Erwerbs bis zur Apertur des Testaments [44]), noch auch davon die Rede, daß seine Portion, wenn er ante apertas tabulas wegfiel, kaduk würde. War es nun, wie ich oben angedeutet habe, die eigentliche und wahre Absicht von Theodos, ein neues Vorzugsrecht in caducis vindicandis zu begründen, und setzte also seine Verordnung nothwendig voraus, daß die Portion des wegfallenden Deszendenten nach dem damaligen Rechte kaduk geworden seyn würde, so ist damit von selbst die Anwendung derselben auf sui heredes ausgeschlossen.

2) Da der suus heres im Augenblicke des Todes des Erblassers die Erbschaft von selbst erwirbt, so ist es, wenn er nur den Erblasser überlebt, schlechthin gleichgültig, ob er ante oder post apertas tabulas verstirbt, und seine Deszendenten können dadurch, daß er vor der Testaments-Eröffnung wegfällt, niemals einen Schaden leiden. Die ganze ratio des Gesetzes: siquidem perindignum est etc. fällt also bei einem suus heres nothwendig von selbst hinweg.

3) Die offenbare Absicht des Kaisers war es, für die eingesetzten Deszendenten eine Rechtswohlthat zu begründen: sie sollten unter Umständen, obwohl sie vor dem Erwerb weggefallen waren, und also eigentlich nichts zu transmittiren hatten, doch ausnahmsweise ein solches Transmissionsrecht erhalten, obwohl freilich nicht ganz unbeschränkt, sondern nur auf ihre Deszendenten. Wollte man nun aber diese Bestimmung auch auf eingesetzte sui heredes anwenden, so wäre dadurch für diese augenscheinlich keine Rechtswohlthat begründet, sondern sie erlitten eine offenbare Rechtsverminderung. Vor diesem Gesetze nämlich war die väterliche

---

44) L. 3 §. 4 de hered inst. (28, 5): „Aperturae tabularum dilatio necessarii heredis jus non mutat.“ Vgl. l. 3 C. de jure delib. (6, 30).

Erbschaft ihnen sogleich **pure** erworben, sie war ein Theil ihres Vermögens geworden, und sie hatten darüber eben so freies Dispositionsrecht, wie über ihr übriges Vermögen. Dieses Dispositionsrecht wäre ihnen nun aber durch jenes Theodosische Gesetz für die Zeit **ante apertas tabulas** entzogen, indem ja darnach stets diese väterliche Erbschaft den Deszendenten des **suus** zufallen müßte, und ein anderweiter Wille desselben nicht in Betracht kommen könnte!

4) Wollte man das Theodosische Gesetz auf alle Kinder, und also auch auf die Sui beziehen, so würde dadurch eine Ausnahme nicht blos von einem Grundsatze des **jus commune** eingeführt seyn, sondern es würde gleichsam mit einem Schlage gegen zwei ganz verschiedene Rechtsprinzipien angestoßen. Auf Nicht Sui bezogen, wäre nämlich dadurch eine Ausnahme von dem Satz begründet, daß eine noch nicht erworbene Erbschaft auch nicht transmittirt werden kann; auf Sui bezogen würde aber eine Ausnahme von dem ganz andern Satze eingeführt seyn, daß eine erworbene Erbschaft Theil des Vermögens des Erben wird und mit dem übrigen Vermögen desselben auf seine Erben übergeht. Mir will es ganz unglaublich dünken, daß Theodos so nach zwei ganz verschiedenen Seiten hin, Abweichungen von dem bestehenden Rechte eingeführt haben sollte, ohne dies auch nur mit einem Worte anzudeuten, und ich glaube, daß wir zu der Alternative genöthigt sind, das Gesetz entweder nur auf Sui, oder nur auf andre Kinder zu beziehen. Das Erstre ist nun schlechthin unmöglich, da abgesehen von allen andern Gründen der Kaiser ausdrücklich sein Gesetz auch dann angewendet wissen will, wenn eine Mutter ihr Kind eingesetzt hat, in welchem Falle doch natürlich von einem **suus heres** keine Rede seyn kann; und so bleibt nichts übrig, als das Gesetz nur auf Nicht Sui zu beziehen.

5) Offenbar ist dies auch der Gedanke von Justinian in **l. un. §. 5 de cod. toll.**, denn er führt die Theodosische Transmission gerade nur als Ausnahme von dem Grundsatze

an, daß eine noch nicht erworbene Erbschaft nicht transmittirt werden könne, und denkt sich also jedenfalls nur Nicht Sui als zu dieser Transmission berechtigt. —

Hiernach scheint es mir unzweifelhaft, daß, wenn ein von seinem Hausvater eingesetzter suus heres ante apertas tabulas verstirbt, niemals die Grundsätze der transmissio Theodosiana Platz greifen, sondern vielmehr die väterliche Erbschaft zusammen mit dem übrigen Vermögen des Suus auf die Erben desselben übergeht, einerlei, ob dies Deszendenten sind oder nicht, und ohne irgend einen Vorzug der Erstren. Diese Erben dürfen dann freilich eben so, wie ihr Erblasser, von dem jus abstinendi Gebrauch machen, und auch dabei ist der richtigeren Ansicht nach kein Unterschied zwischen Deszendenten und andern Erben des Suus [45].

III. Man hat ferner gefragt, ob die Erbschaft auch auf solche Deszendenten des eingesetzten Erben transmittirt werden könne, welche im Augenblicke des Todes des Erblassers noch nicht konzipirt waren? Die älteren Juristen, von der Glosse an, nehmen keinen Anstand, die Frage zu bejahen, und ich erinnere mich nicht, auch nur einen einzigen Dissentienten gefunden zu haben [46]. Erst in unsren Tagen fängt man, verleitet durch die angebliche Idee der transm. Theod. als einer gesetzlichen Substitution, dies zu bezweifeln an [47], und unter dieser Voraussetzung würde allerdings auch die verneinende Antwort die konsequentere seyn. Gewiß gilt nämlich auch noch für das Justinianische Recht der Grundsatz, daß Niemand, der nicht im Augenblicke des Todes des Erblassers wenigstens konzipirt ist, mit Wirksamkeit zum Erben eingesetzt, und also natürlich auch nicht substituirt werden kann [48]. Ist es nun demnach dem Testator selbst unmöglich, solche Deszendenten zu substituiren, so kann auch nicht wohl angenommen werden, daß die gesetzliche Substitution bei ihnen Platz greifen könne. Ganz anders aber, wenn man von der oben vertheidigten richtigeren Ansicht ausgeht, daß Theodos eine

---

45) Vgl. darüber meine Ausführungen in diesem Arch. Bd. XXIV S. 158 fgg., denen jetzt auch Mühlenbruch Fortsetz. des Glück'schen Komm. Bd. 42 S. 350 beigetreten ist.

46) Vgl. z. B. Bapt. v. Cassel de transm. §. 59, Ungepauer de transm. §. 28, Bruckner de transm. §. 21 med., Glockner de transm. aph. 7, Christ de transm. c. 3 nr. 9, Niemeyer cit. §. 20, Diehl cit. §. 22.

47) Vgl. Büchel Streitfragen aus Nov. 118. S. 16 fg.

48) Mühlenbruch Forts. d. Glück'schen Komm. Bd. 39 S. 406 fg., meine Pand. Bd. II. S. 92 fg.

wahre Transmission eingeführt habe. Da nämlich darnach den entfernteren Deszendenten nicht selbst die großväterliche Erbschaft deferirt wird, sondern dieselben nur in die Delation ihres praedefunctus parens eintreten, da sie, um so zu sagen, nicht jure proprio, sondern jure praedefuncti parentis succediren, so kann darauf, ob sie selbst von ihrem Großvater hätten eingesetzt werden können, nichts ankommen, sondern nur das ist entscheidend, daß sie Deszendenten des eingesetzten Erben sind. Hiernach kann es nicht zweifelhaft seyn, daß auch die im Augenblicke des Todes des Erblassers noch nicht konzipirten Deszendenten vermöge der Theodosischen Transmission nicht weniger, wie vermöge der Justinianischen, zur Erbschaft ihrer Großeltern gelangen können.

IV. Keine ernstliche Schwierigkeit bietet auch die Frage, ob die Theodosische Transmission nothwendig leibliche Deszendenten voraussetze, oder ob sie auch auf Adoptivkinder anwendbar sey[49]? Die Frage hat eine doppelte Bedeutung. Erstens nämlich fragt sich, ob dann, wenn Jemand sein Adoptivkind zum Erben eingesetzt hat, dieses die väterliche Erbschaft auf seine leiblichen Deszendenten transmittire? Erwägt man, daß das Adoptivkind, so lange es in der Adoptivfamilie ist[50]), auch suus heres seines Adoptivvaters ist, daß aber bei eingesetzten sui heredes von der Theodosischen Transmission keine Rede seyn kann, so ergibt sich schon hieraus, abgesehen von allen übrigen Gründen, die verneinende Antwort auf diesen ersten Theil unsrer Frage von selbst[51]). Zweitens aber fragt es sich, ob dann, wenn Jemand seinen

49) Die herrschende Lehre ging von jeher dahin, daß bei Adoptivkindern von unsrer Transmission keine Rede seyn könne, und auch in dem sehr gebräuchlichen Namen: transmissio ex jure sanguinis spricht sich diese Ansicht aus; vgl. z. B. Brueckner de transm. §. 20 fin., Gloekner de transm. aph. 7, Christ de transm. c. 8 n. 9, Niemeyer cit. §. 19 Die entgegengesetzte Lehre vertheidigt jedoch weingstens für den Fall der s. g. adoptia plena Diehl cit. §. 20.

50) Daß dann, wenn das Adoptivkind nicht mehr in der Familie des Adoptivvaters ist, von unsrer transmissio nicht die Rede seyn kann, versteht sich freilich ganz von selbst, indem ja durch die Auflösung des Familiennexus alles und jedes Verhältniß zwischen dem Adoptirvater und dem Adoptivkinde aufgelös't wird und sich Beide juristisch als Fremde gegenüberstehen.

51) Auf den ausnahmsweise von einer Frau Adoptirten paßt freilich der im Texte angegebene Grund nicht. Hier treten aber die für den zweiten Theil der Frage im Texte angeführten Argumente ein, denn die Kinder des von einer Frau angenommenen Adoptivsohns können doch gewiß nicht als Deszendenten dieser Frau angesehen werden.

leiblichen Deszendenten eingesetzt hat, dieser die väterliche Erbfolge vermöge unsrer Transmission auf seine Adoptivkinder übertragen könne? Auch diese Frage glaube ich verneinen zu müssen. Aus dem ganzen Theodosischen Gesetze leuchtet nämlich unverkennbar der Gedanke hervor, aus billiger Berücksichtigung blutsverwandtschaftlicher Verhältnisse eine Ausnahme von dem geltenden Rechte einzuführen, und namentlich wird besonderes Gewicht auf das blutverwandtschaftliche Verhältniß zwischen dem Transmissar und dem Erblasser gelegt. Nun ist es aber bekannt genug, daß die Adoptivkinder Jemandes mit den Eltern ihres Adoptivvaters in gar keinem Nexus stehen, und daß die Letztren namentlich schlechthin nicht als ihre Großeltern betrachtet werden dürfen, und augenscheinlich paßt daher der ganze Passus des Gesetzes:

> „siquidem periniquum est. fortuitas ob causas vel casus humanos nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere“

auf blose Adoptivkinder des eingesetzten Deszendenten in keiner Weise. Selbst wenn — was jetzt nach Justinian's Vorschriften über die Adoptio, bei der hier allein in Betracht kommenden s. g. adoptio plena meistens der Fall seyn wird — die Adoptivkinder zugleich leibliche Deszendenten ihres Adoptivvaters sind, glaube ich keine Ausnahme von unsrer Regel zulassen zu dürfen; diese Adoptivkinder können nämlich gewiß doch nur dann, und nur insoweit auf die Theodosische Transmission Anspruch machen, als sie dies, ganz abgesehen von dem Adoptiv-Verhältniß, thun könnten. Setzen wir, mein emanzipirter Sohn hat eine Tochter und von dieser Tochter einen Enkel, den er aber als Sohn adoptirt hat; wenn ich nun meinen Sohn zum Erben eingesetzt habe, und dieser ante apertas tabulas verstorben ist, so hat nach meiner Ueberzeugung nur die Tochter desselben, nicht aber auch der als Sohn adoptirte Enkel, vermöge des Theodosischen Gesetzes Anspruch auf meine Erbschaft, obwohl bei der Beerbung meines Sohns natürlich ganz andre Grundsätze gelten. Und denken wir uns, mein zum Erben eingesetzter Sohn ist ante apertas tabulas mit Hinterlassung eines Sohns und zweier Enkel von einem andren Sohne von denen er aber Einen ebenfalls als Sohn adoptirt hatte, verstorben, so würde meine Erbschaft so auf die Deszendenten meines Sohnes kommen, daß der Sohn die eine Hälfte, die beiden Enkel aber die an-

dere Hälfte erhalten, während die Erbschaft meines Sohns ganz anders unter sie vertheilt werden müßte.

V. Endlich hat man auch noch darüber gestritten, ob die Wohlthat des Theodosischen Gesetzes sich auf die Deszendenten der drei ersten Grade beschränke, oder ob dieselbe auch dann Platz greife, wenn Deszendenten entfernterer Grade instituirt seyen [52]). Man hat wohl schon das Erstre angenommen, theils nach Analogie des durch die lex Julia et Papia den Deszendenten des Erblassers reservirten jus antiquum, theils weil der Kaiser ausdrücklich und wiederholt gerade nur Söhne und Töchter, Enkel und Enkelinnen, Urenkel und Urenkelinnen aufführt. Die ganze Frage ist begreiflich von keiner nur irgend praktischen Bedeutung, denn wann mag es einmal vorkommen, daß Jemand seinen Ur-Urenkel zu Erben einsetzt, und dieser ante apertas tabulas wiederum mit Hinterlassung von Deszendenten, also von Ur-Ur-Urenkeln des Testators verstirbt! Sollte dies aber doch einmal wunderbarer Weise eintreten [53]), so stehe ich nicht an, auch hierbei die Theodosische Transmission Platz greifen zu lassen. Denn da nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes in der Person der Transmissare schlechthin keine Gradbeschränkung eintritt:

„in liberos suos, cujuscunque sint sexus vel gradus, posse transmittere“

so wäre eine Gradbeschränkung in der Person drr Transmittenten völlig unbegreiflich, und man muß daher die Sprechweise des Kaisers eben nur daher erklären, weil der Natur der Sache nach es ihm überflüssig scheinen mußte, auch noch die entfernteren Grade speziell aufzuführen.

---

52) Das Letztre ist von jeher die herrschende Lehre gewesen; doch wird die Beschränkung auf drei Grade z. B, vertheidigt von Pancirol. lect. lib. II c. 275, Maran de transm. (in opp. p. 653), Finestres praelect. Cervar. ad tit. de acqu. v. om. her. P. II. c. 10, Giphan expl. leg. diff Cod ad l un. cit., A. Faber error. Pragm. dec. 34 err. 9.

53) So erzählt man z. B. von einer Frau v. Dalberg, daß sie ihrer Tochter habe zurufen können: Tochter, sage Deiner Tochter ihrer Tochter Tochter Kind weint; s. Schubart de transm. hered ex l. un. etc. §. 8.